

Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección

Diana Marcos Francisco

Profesora Doctora de Derecho Procesal
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"

Abstract¹

En un escenario europeo presidido por el principio pro consumatore, el presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente, incluyendo propuestas de mejora, algunas importantes medidas procesales y extraprocesales, de origen europeo, adoptadas y/o cuestionadas en los últimos años en la Unión Europea y en España, incluyendo las más recientes, que hacen del consumidor un sujeto privilegiado en un nuevo paradigma de la Justicia civil europea.

This paper aims to analyse some important procedural and extra-procedural measures of European origin adopted and/or questioned in the European Union and Spain in the last years. In an atmosphere governed by the principle pro consumatore, the study also includes proposals for improvement paying special attention to the most recent measures that make consumers privileged subjects in a new paradigm of the European civil justice.

Title: consumers, privileged subjects in the new paradigm of European civil justice: procedural and extra-procedural measures

Keywords: consumer protection, procedural and extra-procedural measures, European civil justice

Palabras clave: protección del consumidor, medidas procesales y extraprocesales, justicia civil europea

¹ Este trabajo toma de base la conferencia sobre “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil”, impartida por su autora en el seminario sobre “Nuevas tendencias y nuevos retos del proceso civil. Cuestiones de actualidad”, realizado los días 9 a 13 de febrero en la Facultad de Derecho de la Universitat de València, en el marco del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2013-44749-R, “Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: Integración, “Globalización”, Derecho Público y ODR como alguno de sus retos”, e igualmente resulta del Proyecto de investigación concedido por la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, previa valoración externa positiva de la ANEP, “Medidas de prevención y solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento familiar”.

Sumario

1. Introducción
2. Medidas europeas directamente aplicables en España
 - 2.1. En materia de procesos europeos de escasa cuantía
 - a) Ámbito de aplicación material
 - b) Procedimiento: características principales
 - 2.2. En el ámbito de resolución de litigios en línea en materia de consumo
 - a) Ámbito de aplicación material
 - b) Procedimiento: características principales
3. Medidas europeas incorporadas al ordenamiento jurídico español por nuestro legislador
 - 3.1. Primera y única: sobre los efectos del convenio arbitral de consumo
 - 3.2. ¿Y qué sucede con los efectos sobre el convenio de que la ejecución hipotecaria tenga lugar por el procedimiento extrajudicial regulado en la Ley y Reglamento hipotecarios?
4. Medidas adoptadas por el legislador español para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia
 - 4.1. En materia de facultades integradoras del juez de las cláusulas abusivas
 - a) La modificación del art. 83 TRLGDCU
 - b) La interpretación del art. 83 TRLGDCU a la luz de la reciente STJUE, 1ª, 21.1.2015
 - 4.2. En el ámbito de la ejecución hipotecaria
 - a) Primeras medidas
 - b) Segundas medidas
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción

Desde la segunda mitad del siglo XX el consumidor ha alcanzado un papel protagonista, no sólo ni tanto en EE.UU., con el Mensaje Especial del Presidente Kennedy de 19 de marzo de 1962², sino también en muchos otros Estados, como son los integrantes de la Unión Europea (actualmente ya 28 países, siendo Croacia el último incorporado). En efecto, desde mediados de los años setenta y desde distintas instancias europeas, se están llevando a cabo una gran diversidad de medidas protectoras de los específicos intereses de los consumidores.

Partiendo del art. 169³ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el “legislador europeo”⁴, ha adoptado medidas en distintos ámbitos, a saber⁵:

- Marco general y prioridades de los consumidores (en concreto, sobre el marco político y financiero y servicios de interés general);
- Información de los consumidores (concretamente, sobre redes de información y publicidad y prácticas engañosas);
- Seguridad de los consumidores (exactamente, sobre su salud, la seguridad de los productos y de los servicios y la calidad de los bienes y servicios);
- Protección de los intereses económicos y jurídicos de los consumidores (con exactitud, en materia de su representación, su derecho a indemnización y la resolución de litigios, comercio electrónico, contratos, transportes y servicios financieros);

² La doctrina suele fijar este discurso como el inicio del movimiento protector del consumidor.

³ A tenor de este precepto:

“1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

- medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;
- medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión”.

⁴ Recordemos que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea, con personalidad jurídica, ha asumido las competencias que anteriormente ostentaba la Comunidad Europea. En consecuencia, el Derecho Comunitario ha pasado a ser Derecho de la Unión, formando parte de él todas las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la UE en su versión anterior al Tratado de Lisboa. Por ello, en el presente trabajo hemos desechado el término “comunitario” y usado únicamente el calificativo “europeo”, que podrá hacer referencia a normas o jurisprudencia anteriores o posteriores a dicho Tratado.

⁵ Véase al respecto http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/consumers.html?root_default=SUM_1_CODED%3D09,SUM_2_CODED%3D0904&obsolete=false, consultada en enero de 2015.

- Y etiquetado y embalaje de los productos (en concreto, sobre etiquetado de los productos alimenticios y no alimenticios y embalajes y recipientes destinados a contener alimentos).

Estamos, por tanto, ante toda una serie de actos y normas, fundamentalmente sustantivas pero también procesales (muchas de ellas recogidas en Directivas y Reglamentos; y ello dejando de lado las normas no vinculantes –como es la reciente Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión⁶- también dictadas para salvaguardar los intereses de los consumidores), llevadas a cabo por el legislador europeo *pro consumatore*, esto es, específicamente adoptadas para proteger de forma privilegiada al consumidor en su condición de tal (como sujeto que adquiere productos y servicios y/o disfruta de ellos).

Y es que no hay que olvidar que, de nada serviría este protagonismo del consumidor y reconocerle un sinfín de derechos materiales o sustantivos, si carece de medios procesales o procedimientos eficaces para hacerlos valer. Es por ello que el legislador ha centrado sus esfuerzos en adoptar medidas encaminadas a articular procesos judiciales verdaderamente útiles y ventajosos para el consumidor y también encaminadas a fomentar e implantar medios extrajudiciales de resolución de conflictos igualmente ventajosos para estos sujetos débiles.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el principio *pro consumatore*, no sólo ha estado y está informando la legislación positiva europea, sino también está presente en las resoluciones del Tribunal de Justicia (de la Unión Europea), de forma que este órgano jurisdiccional está fijando una doctrina que en principio podría resultar chocante por ser contraria a principios tradicionales rectores del proceso civil, como es el principio dispositivo, siendo lo prevalente la protección del consumidor.

Pues bien, así las cosas, el presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente algunas importantes medidas procesales y extraprocesales (dejamos de lado, pues, el tratamiento de normas sustantivas) adoptadas y/o cuestionadas en los últimos años, incluyendo por tanto sólo algunas de las más recientes del siglo XXI, existentes o presentes en el ordenamiento jurídico español, que hacen del consumidor un sujeto privilegiado en un nuevo paradigma de la justicia civil europea. Repárese que, al fin y al cabo, dentro de los medios para conseguir una tutela civil o Justicia civil efectiva se encuentra tanto la vía judicial o procesos judiciales como la vía extrajudicial o *Alternative Dispute Resolution*.

Hay que tener en cuenta la distinta índole de esas medidas procesales y extraprocesales, en el sentido de que:

⁶ En sede de acciones colectivas de consumo puede verse Elena MARTÍNEZ GARCÍA (2012, págs. 1317-1336). Asimismo, puede verse, por su enorme interés, Andrea PLANCHADELL GARGALLO (2013).

- 1) Algunas de esas medidas provienen del legislador europeo y son directamente aplicables en España sin necesidad de norma alguna de trasposición (es el caso de las recogidas en Reglamentos);
- 2) Otras, aun provenientes de normas europeas (Directivas), resultan de su trasposición por el legislador español;
- 3) Otras, constituyen medidas adoptadas por nuestro legislador español como consecuencia de sentencias dictadas por el reseñado Tribunal de Justicia.

A estos tres tipos de medidas habría que añadir otras adoptadas ex novo y motu proprio por propia iniciativa del legislador español, sin la preexistencia de norma europea que trasponer. Pero estas medidas, dada su naturaleza u origen estrictamente nacional, han sido objeto de estudio de otro de nuestros trabajos⁷. En la presente obra analizaremos las tres clases de medidas indicadas por encontrar, a la postre, su fundamento u origen en la Unión Europea.

2. Medidas europeas directamente aplicables en España

En este apartado debemos de referirnos a dos Reglamentos, a saber:

- 1) El Reglamento (CE) N° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE n° 199, de 31.7.2007).
- 2) Y el Reglamento (UE) N° 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DOUE n° 165, de 18.6.2013), que, a diferencia del anterior, aún no resulta aplicable (lo será a partir del 9 de enero de 2016⁸).

Seguidamente haremos especial hincapié en el ámbito de aplicación material de cada uno de ellos, así como en las características fundamentales de los procedimientos que contemplan para resolver litigios.

2.1. En materia de procesos europeos de escasa cuantía

a) Ámbito de aplicación material

1. El Reglamento que regula los procesos europeos de escasa cuantía⁹ (el primero indicado) se aplica para resolver litigios transfronterizos en materia civil y mercantil que son de

⁷ Se trata de “Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales”, pendiente de publicar en el n° 4/2015 de *InDret*.

⁸ Ello con excepción de las siguientes normas (art. 22.2 del Reglamento):

- Art. 2.3 y art. 7.1 y 5, que serán aplicables a partir del 9 de julio del presente año;

- Art. 5.1 y 7, art. 6, art. 7.7, art. 8.3 y 4 y arts. 11, 16 y 17, aplicables desde el 8 de julio de 2013.

⁹ En relación con estas reclamaciones puede verse Ana MONTESINOS GARCÍA (2011).

escasa entidad económica, al no superar el valor de la demanda, “excluidos los intereses, gastos y costas”, los 2000 € (art. 2.1).

Si bien es cierto que el repetido Reglamento (CE) N° 861/2007 no se aplica exclusivamente a los litigios de consumo, también lo es que constituye una vía idónea para resolver este tipo de reclamaciones individuales de los consumidores. Y de ahí que el mismo Reglamento, en su Considerando (4) postule que “El Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 invitó al Consejo y a la Comisión a establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil”.

Pero, ¿significa lo expuesto hasta ahora que el Reglamento únicamente es aplicable a demandas en las que se pretenda reclamar una determinada cantidad pecuniaria que no exceda de 2000 €? Aunque expresamente esta cuestión no la resuelva el articulado del repetido Reglamento con la claridad que sería deseable, ex art. 5.5¹⁰ del Reglamento parece lógico responder negativamente a la cuestión planteada, entendiendo que nada impide interponer demandas cuyo objeto sea distinto al de una mera reclamación de cantidad de dinero, siempre y cuando –eso sí– la cuantía de la demanda –o del litigio– no supere los 2000 €. A esta misma conclusión se llega igualmente si estamos a lo dispuesto en el formulario A (formulario de demanda) que recoge el propio Reglamento en su Anexo I, pues en su apartado 7 (2º párrafo), sobre la “demanda”, dice: “Demanda pecuniaria o de otro tipo: deberá indicar si su demanda se refiere a dinero o a otra cosa (demanda no pecuniaria), por ejemplo, la entrega de bienes, y a continuación cumplimentar los campos 7.1 o 7.2 según corresponda. Si su demanda no es pecuniaria, deberá usted indicar el valor estimado de su demanda y también si presenta una demanda secundaria de indemnización para el caso de que no pueda darse curso favorable a la demanda original”.

En consecuencia, nada parece impedir que, con base en este Reglamento, se presente y tramite una demanda de un consumidor instando, p. ej., la resolución de determinado contrato o bien su nulidad.

La siguiente cuestión que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Y cómo cuantificar la demanda? Esto es, ¿cómo o con base en qué reglas calculamos la cuantía de la demanda? Con base en las reglas de la “legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso” (art. 19). Por tanto, si dicho Estado fuera España, con base en los arts. 251 (que trata las “reglas de determinación de la cuantía”) y 252 (que recoge unas “reglas especiales en casos de procesos con pluralidad de objetos o de partes”) de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC).

¹⁰ Según este precepto, “si el demandado adujera en su respuesta que el valor de una demanda no pecuniaria supera el límite fijado en el artículo 2, apartado 1, el órgano jurisdiccional decidirá, en un plazo de 30 días tras el envío de la respuesta al demandante, si la demanda entra dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Esta decisión no podrá ser impugnada por separado”. De ello se desprende, por tanto, que la demanda puede ser no pecuniaria.

2. Por otro lado, y aun cuando el Reglamento se aplica a litigios civiles y mercantiles, expresamente indica que “no incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa, ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii)” (art. 2.1 in fine). Se trata de materias que en nuestro ordenamiento jurídico claramente no son de carácter civil ni mercantil y, por tanto, no entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, esto podría no estar tan claro en otros ordenamientos jurídicos.

Lo mismo sucede en relación con materias laborales (“la seguridad social” y el “derecho laboral”) y “el arbitraje”, expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento ex art. 2.2, letras d, f y e, respectivamente.

3. En tercer lugar, hay que destacar que el Reglamento no se aplica a toda una serie de materias civiles -así pueden calificarse en España-, como son “el estado y la capacidad jurídica de las personas físicas”, “los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales, obligaciones de alimentos, testamentos y sucesiones”, “los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios” o “las violaciones del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, incluida la difamación” (letras a, b, g y h, respectivamente, del art. 2.2); ni mercantiles, como “la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos” (letra c de igual precepto).

4. Por último, resta decir que, a diferencia de lo que veremos sucede con el Reglamento (UE) N° 524/2013, este Reglamento sólo se aplica a litigios de carácter transfronterizo, entendiendo por tales “aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto” (art. 3.1), esto es, al que pertenezca el órgano competente. El problema es que nada dice el articulado del Reglamento sobre cuál es el órgano competente; laguna que deberemos integrar acudiendo al Reglamento (UE) N°. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (DOUE n° 351, de 20.12.2012), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A esta conclusión puede llegarse igualmente si estamos a lo dispuesto en el formulario A (formulario de demanda) que recoge el propio Reglamento en su Anexo I, pues en su apartado 4, sobre “competencia”, dice que “el formulario de demanda deberá presentarse ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la misma. El órgano jurisdiccional debe tener competencia de conformidad con las normas del Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DOUE n° 12, de 16.1.2001).

Lógicamente, y en aplicación del art. 80¹¹ del Reglamento 1215/2012, la referencia hecha al Reglamento derogado se entenderá hecha al nuevo Reglamento. Pues bien, centrándonos en el ámbito del consumo y, concretamente, en reclamaciones contractuales interpuestas por consumidores, el órgano competente en principio será el del domicilio del consumidor o bien –a su elección– el del domicilio de la empresa o profesional demandado (art. 18.1¹²).

b) Procedimiento: características principales

1. Ágil y rápido. A través del Reglamento se pretende articular un procedimiento judicial en virtud del cual se puedan resolver rápida y ágilmente litigios, esto es, de forma simplificada y acelerada, reduciendo costes (art. 1.1^o). Tal y como está configurado, el procedimiento podría durar en principio unos 2 o 3 meses. Y repárese que “el órgano judicial debe actuar con la mayor brevedad incluso en aquellos casos en que el presente Reglamento no prescriba un plazo límite para una fase concreta del proceso”¹³.

2. Escrito. En principio, todo el procedimiento se va a sustanciar por escrito (incluso haciendo uso de formularios¹⁴), salvo que el órgano judicial decida –por ser totalmente necesario “para el correcto desarrollo del procedimiento”– la celebración de una vista oral, ya sea por propia iniciativa o a petición de las partes. En caso de que el órgano judicial

¹¹ Art. 80: “Queda derogado el Reglamento (CE) N° 44/2001. Las referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al presente Reglamento y con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo III”. En relación con este precepto, el art. 66.2 dispone: “No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) N° 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

¹² Art. 18.1: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”.

¹³ Considerando (23). Nótese que el propio Reglamento se muestra flexible al regular ciertos plazos, pudiendo prorrogar los otorgados a las partes (art. 14.2) o, inclusive, incumplir el propio juez sus plazos por circunstancias excepcionales, en cuyo caso tal juez debería actuar tan pronto le fuera posible (art. 14.3). Según el primer precepto, el órgano judicial puede prorrogar los siguientes plazos: 1) El otorgado para completar o rectificar el formulario de demanda o proporcionar la información o documentos complementarios requeridos (art. 4.4), plazo que el Reglamento no fija sino deja a elección de los Estados; 2) El plazo de 30 días otorgado para contestar a la demanda (art. 5.3); 3) El plazo de 30 días otorgado al actor inicial para contestar a la reconvencción (art. 5.6); 4) Y el plazo no superior a 30 días otorgado a las partes para aportar información complementaria (art. 7.1.a). Por su parte, el art. 14.3 contempla la posibilidad, en relación con los plazos que debe respetar el órgano judicial (p. ej., el plazo de 30 días para dictar sentencia, contados desde la fecha de recepción de la contestación del demandado o, en su caso, de la contestación del demandante a la reconvencción del demandado –art. 7.1–), de incumplirlos, por circunstancias excepcionales.

¹⁴ El Reglamento contempla un formulario A –de demanda–, del que debe hacer uso el actor; un formulario B –de solicitud del juez para completar o rectificar el formulario de demanda–; y un formulario C –de contestación a la demanda– del que puede hacer uso el demandado.

decida denegar la vista solicitada por las partes, deberá motivarlo “y no se podrá impugnar por separado” (art. 5.1)¹⁵.

Al respecto conviene realizar las siguientes dos observaciones:

En primer lugar, ¿a qué se refiere el Reglamento con la supuesta necesidad “para el correcto desarrollo del procedimiento”¹⁶? Parece que el juez debe considerar que la celebración de la vista resulta absolutamente indispensable para poder resolver el fondo del asunto, necesidad que difícilmente concurrirá en la práctica atendida la regulación del art. 9. La prueba más común en este tipo de procesos suele ser la documental, por lo que difícilmente “entre en juego” el art. 9, sobre “práctica de la prueba”, y, mucho menos, sea necesario practicar determinados medios probatorios en presencia del juez. Si pensamos en celebrar una vista independientemente de la práctica de prueba, parece que la misma sólo tendría sentido cuando el asunto presente una enorme complejidad jurídica y ambas partes intervengan defendidas por abogado¹⁷.

Y, en segundo lugar, la desafortunada expresión del Reglamento -“y no se podrá impugnar por separado”- hay que entenderla como la imposibilidad de recurrir única y exclusivamente la decisión judicial sobre la no procedencia de celebración de vista. No se trata -aunque a priori podría parecer lo contrario- de que el Reglamento permita a una sola parte solicitar la celebración de una vista oral y, sin embargo, sólo legitime conjuntamente a ambas -y no individualmente a la parte que la propuso- para impugnar la decisión judicial de denegación de la vista, lo que carecería de todo sentido. Se trata de impedir articular un posible recurso ad hoc contra la indicada resolución a efectos de evitar dilaciones y efectos contrarios a la pretendida agilidad procedimental. Cosa distinta es que quepa impugnar tal decisión judicial cuando se interponga, si es que cabe, recurso frente a la sentencia definitiva que resuelva el procedimiento. Tengamos presente que, de conformidad con el art. 17.1 del Reglamento, los Estados miembros deben informar a la Comisión acerca de si cabe o no, en su Derecho Procesal, recurso frente a la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía y sobre el plazo en que debe interponerse; y Estados como el nuestro han decidido que no quepa¹⁸.

Por otro lado, aun decidiendo el órgano judicial celebrar una vista oral, la filosofía que subyace en el Reglamento es la de utilizar, en la medida de lo posible (esto es, siempre que se respete el Derecho interno del Estado miembro del foro y se disponga de los medios

¹⁵ El Considerando (14) indica: “El proceso europeo de escasa cuantía debe ser un procedimiento escrito, a menos que el órgano jurisdiccional considere necesario celebrar una vista oral o una de las partes así lo solicite. El órgano jurisdiccional puede rechazar dicha pretensión. Esta decisión no puede impugnarse por separado”.

¹⁶ Según la terminología del formulario A (de demanda), debe tratarse de una necesidad “para el correcto tratamiento del asunto” (punto 8).

¹⁷ En este sentido, Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2008, p. 20).

¹⁸ Según el art. 455.1 LEC, no son apelables “las sentencias dictadas en juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000 €”.

técnicos correspondientes) y para disminuir costes, las tecnologías de comunicación actuales, como es la videoconferencia (art. 8).

Dicha filosofía se considera igualmente en la práctica de la prueba, debiendo el órgano jurisdiccional optar por el medio de práctica “más sencillo y menos gravoso” (art. 9.3). En este sentido, no hay duda de que el medio más sencillo y barato es la escritura; y de ahí que el órgano judicial pueda admitir “la práctica de la prueba mediante declaraciones por escrito de los testigos, los expertos o las partes. El órgano jurisdiccional también podrá admitir la práctica de la prueba por medio de videoconferencia u otros sistemas de comunicación, en la medida en que se disponga de los medios técnicos correspondientes” (art. 9.1)¹⁹.

3. En él, el juez tiene un papel activo, que se evidencia por las funciones atribuidas a dicho órgano judicial y, en concreto:

1) Con su cometido de informar a las partes sobre cuestiones procesales, cuando sea necesario (art. 12.2), lo que se entiende considerando que la postulación procesal (intervenir representado por procurador y defendido por abogado) no es necesaria. Así lo dispone el art. 10, aunque limitando el carácter no preceptivo a la representación de las partes –por abogado o cualquier otro profesional del Derecho–²⁰. En consecuencia, es lógico que no se exija a las partes que realicen una valoración jurídica en la demanda (art. 12.1).

Relacionando este precepto (art. 12.2) con los Considerandos, ya que el propio articulado guarda silencio sobre el concreto alcance de esta función judicial, esta información podría incluir “información técnica sobre la disponibilidad y cumplimentación de los formularios”²¹; aunque la misma “también puede ser proporcionada por el personal del órgano judicial de acuerdo con la legislación nacional”²².

2) Y con la facultad judicial de conciliar a las partes, de intentar de conseguir una conciliación entre ellas “en el momento en el que proceda” (art. 12.3). No sorprende una previsión como ésta considerando el fomento, cada vez mayor, que desde instancias europeas, se viene realizando de las distintas *Alternative Dispute Resolution*. La cuestión que surge en relación con esta facultad –si bien es cierto que se encuentra muy lejos del papel activo de un mediador²³– es cuál es el momento procedente para intentar tal conciliación, pues nada dice el Reglamento. Ante tal silencio, habrá que estar a las normas del Estado miembro donde se desarrolle el proceso (art. 19); y, partiendo de que dicho Estado fuera España y de que las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento se rigen por lo

¹⁹ En este sentido, el Considerando (20) del Reglamento pergeña: “En el contexto de las vistas orales y la práctica de la prueba, los Estados miembros deben fomentar la utilización de las tecnologías de comunicación actuales, siempre que se respete el Derecho interno del Estado miembro del foro. El órgano jurisdiccional debe utilizar para la práctica de la prueba el método más sencillo y menos oneroso”.

²⁰ Véase el Considerando (15).

²¹ Considerando (21).

²² Considerando (22).

²³ En relación con la mediación, puede verse, por su enorme interés, Silvia BARONA VILAR (2013).

previsto en la LEC para el juicio verbal (Disposición Final Vigésima Cuarta, punto 1º, de la LEC²⁴), dicho intento de aproximar a las partes quedará prácticamente limitado al operado por el secretario judicial –que no por el juez– al admitir la demanda por decreto, en el que “informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma” (art. 440.1.2º LEC). Es verdad que también en la vista oral “en atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso” (art. 443.3.2º LEC), pero también lo es –ya lo sabemos– que raramente dicha vista se celebre.

Por consiguiente, a la luz de lo anteriormente expuesto, en principio cabría concluir que en los procesos europeos de escasa cuantía seguidos en España, el órgano judicial prácticamente no ostenta el pretendido papel activo.

Ahora bien, repárese que este papel activo del juez también parece proyectarse sobre las facultades materiales de dirección del proceso, en detrimento del tradicional principio de aportación de parte rector del proceso civil. Es sabido que este clásico principio implica que corresponde a las partes aportar los hechos y la prueba, de forma que ni el tribunal debe decretar de oficio la necesidad de prueba ni acordar la práctica de medios de prueba que no hayan sido propuestos por las partes²⁵. Sin embargo, varios preceptos del Reglamento otorgan al órgano jurisdiccional la facultad de requerir a las partes información o documentación complementaria que entienda necesaria, a saber:

- El art. 4.4, en virtud del cual “cuando, en opinión del órgano jurisdiccional, la información proporcionada por el demandante no sea pertinente o suficientemente clara, o si el formulario de demanda no ha sido debidamente cumplimentado, el órgano jurisdiccional ofrecerá al demandante, salvo en el supuesto de que la demanda resulte ser manifiestamente infundada, o la solicitud no sea admisible, la posibilidad de completar o rectificar el formulario de demanda, o de proporcionar la información o documentos complementarios que precise, o de retirar la demanda, en el plazo que fije para ello. El órgano jurisdiccional utilizará a tal efecto el formulario estándar B, tal como figura en el anexo II”. Con base en esta norma, no creemos descabellado que el juez pudiese –en el caso de España, el secretario judicial²⁶–, p. ej., en el hipotético caso de que el consumidor demandante no lo hubiera señalado en el Formulario A de demanda –en el apartado 8.2.1– y aportado por propia iniciativa, requerirle para darle la posibilidad de aportar el concreto contrato del que deriva el litigio, lo que desde luego “choca” en ordenamientos jurídicos como el español donde corresponde a las partes aportar, junto con la demanda, la documentación relativa al fondo del asunto, como es el aludido contrato al tratarse de un documento en que la parte actora funda su derecho a la tutela judicial pretendida (art.

²⁴Esta Disposición fue introducida por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorios y de escasa cuantía.

²⁵ Juan MONTERO AROCA (2014a, págs. 262 a 266).

²⁶ Disposición Final Vigésima Cuarta, punto 3, de la LEC.

265.1.1º LEC), precluyendo dicha posibilidad en caso de no aportarse en dicho momento (art. 269.1 LEC).

- Y, por su parte, el art. 7.1, a) recoge similar facultad al permitir al juez, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la contestación del demandado o bien del actor (en el caso de haberse planteado reconvencción), solicitar “a las partes información complementaria en relación con la demanda, dentro de un determinado plazo que no será superior a 30 días”. Estamos, pues, ante una facultad parecida a la anteriormente indicada, si bien –aunque el Reglamento hable de “partes”- cabe inferir lo es en relación con la contestación del demandado y con la contestación a la reconvencción del actor inicial.

En relación con la prueba no documental, y con una simple lectura del comienzo del art. 9.1, según el cual “el órgano judicial determinará los medios de la práctica de la prueba y las pruebas necesarias para dictar sentencia”, podríamos entender que están confiriendo al juez facultades que atentan contra el principio de aportación de parte. Pero el mismo precepto advierte seguidamente que ello se determinará “de conformidad con las normas aplicables en materia de admisibilidad de las pruebas”.

4. Alternativo. El Reglamento proporciona “un instrumento opcional que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros, que deben seguir inalteradas”²⁷. Esto es, los litigantes pueden recurrir al proceso europeo de escasa cuantía regulado por el Reglamento o bien –como alternativa- a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros (art. 1.1 in fine), como sería el juicio verbal español o, inclusive, el arbitraje de consumo español regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.

5. Eficaz. Y es eficaz el procedimiento articulado por el Reglamento, fundamentalmente, por las aludidas agilidad y rapidez, por su gratuidad y bajos costes (al no tener que abonarse tasa alguna ni exigirse la postulación procesal) y por resolverse por una sentencia que es título ejecutivo en todo Estado miembro “sin que se precise una declaración de ejecutabilidad y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento” (art. 20.1)²⁸.

2.2. En el ámbito de resolución de litigios en línea en materia de consumo

Si bien, como ya avanzábamos, igualmente es objeto de este estudio tratar el ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) N° 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, así como sus características más importantes, debemos reseñar que este análisis será mucho más somero por ya haber sido analizado dicho Reglamento en otra de nuestras obras²⁹.

²⁷ Considerando (8).

²⁸ Véanse los Considerandos (8) y (30).

²⁹ En concreto, Diana MARCOS FRANCISCO (2013).

a) *Ámbito de aplicación material*

1. El indicado Reglamento que regula la resolución de litigios en línea en materia de consumo, se aplica para resolver extrajudicialmente litigios (por entidades de resolución alternativa que cumplen los requisitos de calidad mínimos fijados por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifican el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE³⁰ [DOUE n° 165, de 18.6.2013]), tanto nacionales como transfronterizos, en materia de consumo y, más concretamente, los derivados de comercio electrónico, a través de una plataforma *online* (art. 2.1). A tenor de este precepto, “el presente Reglamento se aplicará a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa incluida en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2013/11/UE en la que intervenga una plataforma de resolución de litigios en línea”.

2. Llama la atención que este Reglamento deba considerarse conjuntamente con la indicada Directiva³¹ y, sin embargo, aquél, por un lado, limite su aplicación al comercio electrónico (art. 2.1)³² y, por otro lado, también pueda aplicarse para resolver litigios iniciados por un comerciante frente a un consumidor cuando así lo admita la legislación del Estado miembro de residencia del consumidor (art. 2.2)³³. Y es que la Directiva se aplica a todos los litigios “relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios” (art. 2.1), hayan nacido o no en la Red, y no se aplica “a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor” (art. 2.2.g).

3. En tercer lugar, hay que destacar que el Reglamento, en la medida en que debe considerarse conjuntamente con la repetida Directiva 2013/11/UE, tampoco se aplica en los casos en que ésta no se aplica (previstos en su art. 2.2), excepción hecha del reseñado supuesto de procedimientos instados por comerciantes.

4. Por último, como hemos adelantado y ya sabemos a diferencia de lo que sucede en relación con el Reglamento (CE) N° 861/2007, este Reglamento se aplica a litigios de carácter nacional y transfronterizo. En este sentido, su Considerando (11) postula que “aunque los principales beneficiarios de la plataforma de resolución de litigios en línea

³⁰ Recordemos que “la presente Directiva establece requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa con el fin de asegurar que, tras su aplicación, los consumidores tengan acceso a unos mecanismos de recurso extrajudicial de alta calidad, transparentes, efectivos y justos, independientemente del lugar en que residan en la Unión. A fin de asegurar un mayor nivel de protección de los consumidores, los Estados miembros podrán mantener o introducir normas que vayan más allá de lo dispuesto en la presente Directiva” (art. 2.3).

³¹ Considerando (16) del Reglamento. Y, sorprendentemente, en lugar de haberse dictado dos reglamentos o dos directivas, se han utilizado cauces “legislativos” diferentes.

³² Véase el Considerando (15).

³³ Véase el Considerando (10).

sean concretamente los consumidores y los comerciantes que efectúen operaciones transfronterizas en línea, el presente Reglamento debe aplicarse también a las transacciones nacionales en línea, con el fin de garantizar unas condiciones equitativas efectivas en materia de comercio electrónico”.

b) Procedimiento: características principales

1. *Ágil y rápido*. A través del Reglamento se pretende articular un procedimiento extrajudicial *online* en virtud del cual se puedan resolver rápida y ágilmente litigios, esto es, de forma simplificada y acelerada, reduciendo costes.

La idea fundamental que subyace en el Reglamento es que la plataforma ofrezca “gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las partes y a la entidad de resolución alternativa tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma de resolución de litigios en línea” (art. 5.4, d). Lo que quizá resulta llamativo es que las entidades de resolución alternativa no estén obligadas a utilizar dicho sistema electrónico de tramitación de asuntos (art. 10, d)³⁴; ni aun cuando las partes (consumidores y comerciantes) hayan podido hacer uso de formularios electrónicos de reclamación y contestación a través de los que voluntariamente se hayan sometido a una entidad de resolución alternativa (conforme a los arts. 8 y 9).

Por otro lado, dicha rapidez se evidencia con la previsión del art. 10, a) del Reglamento, según el cual la entidad de resolución alternativa “concluirá el procedimiento de resolución alternativa dentro del plazo contemplado en el artículo 8, letra e), de la Directiva 2013/11/UE”, esto es, en principio “noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación”³⁵.

2. *Alternativo o complementario*. En este sentido, el Considerando (45) de la Directiva 2013/11/UE pergeña: “El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por consiguiente, los procedimientos de resolución alternativa no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales. La presente Directiva no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial. En los casos en que un litigio no pueda resolverse mediante un procedimiento de resolución alternativa determinado cuyo resultado no es vinculante, no debe impedirse a las partes que incoen a continuación un procedimiento judicial en relación con dicho litigio. Los Estados miembros deben poder elegir libremente los medios adecuados para lograr este objetivo (...)”. Esto es, los consumidores pueden recurrir a la resolución online de su litigio con base en el

³⁴ Véase el Considerando (18).

³⁵ En relación con este punto, y para más detalles, véase la segunda observación efectuada al final del apartado 3.1 de este trabajo.

Reglamento 524/2013, al ya visto proceso europeo de escasa cuantía o bien –como alternativa- a los procedimientos previstos por la legislación de los Estados miembros. Y repárese que, resuelto un litigio de consumo en aplicación del Reglamento 524/2013 por una resolución distinta a un laudo vinculante dictado en el correspondiente procedimiento arbitral (p. ej., mediación o conciliación), nada impide al consumidor dirigirse posteriormente a la vía judicial.

3. Eficaz. Y es eficaz el procedimiento articulado por el Reglamento, fundamentalmente, por las aludidas agilidad y rapidez, por su gratuidad y bajos costes (al no tener que abonarse tasa alguna ni exigirse la postulación procesal).

Obsérvese que estamos ante características igualmente predicables de los procesos europeos de escasa cuantía y que, en definitiva, definen unos procedimientos eficaces que se ponen a disposición de los consumidores, dándoles la opción de recurrir a ellos; opción privilegiada de los consumidores que no disponen otros sujetos.

3. Medidas europeas incorporadas al ordenamiento jurídico español por nuestro legislador

3.1. Primera y única: sobre los efectos del convenio arbitral de consumo

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE nº 76, de 28.3.2014), incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE nº 304, de 22.11.2011), y el art. 10.1 de la ya mencionada Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifican el Reglamento (CE) Nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

1. Pues bien, a efectos de incorporar el citado art. 10.1 (que viene a acoger, en materia del principio de libertad³⁶, lo dispuesto en el apartado VI, 2º, de la Recomendación 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de

³⁶ Esta Directiva dedica una parte muy importante a regular los requisitos de calidad aplicables a las entidades y procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en su Capítulo II), siendo concretamente los siguientes: “conocimientos especializados, independencia e imparcialidad” (art. 6), “principio de transparencia” (art. 7), “eficacia” (art. 8), “equidad” (art. 9), “principio de libertad” (art. 10), “principio de legalidad” (art. 11) y “efecto de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción” (art. 12).

los litigios en materia de consumo³⁷ [DOCE nº 115, de 17.4.1998]), el legislador español ha modificado el art. 57.4 TRLGDCU (modificación operada por el punto nueve del artículo único de la Ley 3/2014), pasando a tener los siguientes términos:

«No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables».

2. Aunque el Preámbulo de la Ley nada diga sobre el sentido de la reforma³⁸, está bastante claro. Era suficiente una simple lectura de la anterior redacción del precepto modificado y lo dispuesto en el art. 10.1 de la Directiva para darse cuenta de que no existía una correspondencia entre ambas normas, como ya pusimos de manifiesto en dos de nuestros trabajos³⁹ en relación con la indicada Recomendación.

Así, mientras el repetido art. 10.1 postula que «los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio»; el anterior art. 57.4 pergeñaba que «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos».

Como se ve, antes de la reforma, sólo se prohibía suscribir convenios arbitrales con consumidores antes de surgir el conflicto cuando en virtud del mismo se sometían a

³⁷ Disponible en <http://www.davara.com/documentos/relacionados/adr/R98257CE.pdf>, consultada por última vez en febrero de 2015. En efecto, el citado párrafo 2º del apartado VI de la Recomendación (apartado que trata el principio de libertad) postula, en términos similares al art. 10.1 de la Directiva, lo siguiente: “La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio”. Recordemos que esta Recomendación –como ella misma advierte– “debe limitarse a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución; que, por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo”.

³⁸ Sobre el particular puede verse María Pilar PERALES VISCASILLAS (2014).

³⁹ Diana MARCOS FRANCISCO (2011, págs. 118 y 119); y Diana MARCOS FRANCISCO (2014, págs. 1225 y 1226).

arbitrajes distintos al de consumo, regulado por el RD 231/2008, de 15 de febrero (RDSAC), o por la norma sectorial específica (como es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres⁴⁰ [BOE nº 182, de 31.7.1987] y su Reglamento de desarrollo⁴¹). Por tanto, el convenio arbitral de sometimiento a arbitraje de consumo u otros con su regulación estatal específica pactado antes del conflicto era en principio válido y desplegaba para el consumidor sus efectos positivo y negativo. Recordemos que el efecto o efectos positivos, que acoge el art. 11.1 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, bajo los términos “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado”, consisten en efectos propios de todo contrato (de ahí que también se le denomine efecto contractual o sustantivo), recogidos en el art. 1091⁴² del Código Civil y, concretamente, en la obligación de someterse al arbitraje pactado para solucionar los litigios que deriven de las relaciones jurídicas de consumo entre consumidores y empresarios y, evidentemente, cumplir el laudo finalmente dictado. Por su parte, el efecto negativo o procesal implica la exclusión de la jurisdicción estatal, esto es, que los órganos jurisdiccionales deben abstenerse de conocer si ante ellos la parte (en nuestro caso, el consumidor) hace valer o presenta la correspondiente declinatoria de sometimiento a arbitraje.

3. Sin embargo, por mucho que defendamos que el arbitraje de consumo es, por sus características y ventajas, una vía de resolución de conflictos más eficaz que la judicial, no es menos cierto que la Directiva no discrimina positivamente –como hacía la norma nacional- ningún tipo de arbitraje, imponiendo que todo convenio pactado antes de surgir el conflicto –y, por tanto, cabe entender haya sido o no negociado individualmente con el comerciante- de sometimiento a un método extrajudicial de conflictos que impida acudir posteriormente a los tribunales (como sucede con el arbitraje, al ser el laudo que resuelve el conflicto título ejecutivo y gozar de efectos de cosa juzgada) no debe tener efectos para el consumidor.

De esta forma, surgido el conflicto, ni el consumidor estaría obligado a acudir al arbitraje pactado (efecto positivo) ni podría prosperar una declinatoria interpuesta por el comerciante o empresario demandado ante los tribunales (efecto negativo). Sin embargo, sí tiene dichos efectos positivos para el comerciante o empresario, a quien en principio sí vincula el convenio arbitral cuando sea demandado por el consumidor ante las juntas arbitrales de consumo (pero sólo cuando sea demandado, pues la unidireccionalidad del arbitraje de consumo le impide instarlo). Estamos ante un claro privilegio de los consumidores. No sucede lo mismo con respecto a los efectos negativos, dado que nunca podría prosperar una declinatoria interpuesta por el consumidor demandado debido a la

⁴⁰ Previsto en los arts. 37 y 38 de la Ley.

⁴¹ Se trata del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE nº 241, de 8.10.1990), cuyos arts. 6 a 12 regulan las Juntas Arbitrales del Transporte.

⁴² Art. 1091: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

indicada unidireccionalidad, so pena de vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la empresa o profesional (art. 24.1 CE).

Y fíjese que los aludidos efectos positivos para el comerciante se supeditan a que el convenio arbitral “reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables”, esto es –así cabe entender la oscura redacción- a que sea válido; como en principio lo sería el acuerdo de sometimiento a arbitraje de consumo o a otros sectoriales con su regulación estatal específica. Y de ahí que el legislador, que ha reformado el art. 57.4 TRLGDCU para adaptarlo al art. 10.1 de la Directiva 2013/11/UE, no haya modificado el art. 90.1 de igual Texto, cuyo contenido está íntimamente relacionado con lo que disponía el anterior art. 57.4 TRLGDCU. Según dispone dicho art. 90 (que recoge unas “cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable”), son abusivas las cláusulas que establezcan “la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico” (punto 1º). Podría pensarse que ya no tiene sentido articular dicha cláusula como abusiva en la medida en que no es vinculante para el consumidor de conformidad con la redacción nueva del art. 57.4. Pero lo cierto es que dicho art. 90.1 incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la desafortunada –por su oscura redacción- letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE nº 95, de 21.4.1993), que se refiere a cláusulas que tengan por efecto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”⁴³.

4. Entre las indicadas características y ventajas del arbitraje de consumo, cabe destacar: la voluntariedad, agilidad y rapidez, antiformalismo, carácter vinculante, ejecutivo e irrecurrible del laudo; la gratuidad, su carácter institucional o administrado por las Juntas Arbitrales de Consumo, la resolución –como regla general- por un órgano arbitral unipersonal, la ya citada unidireccionalidad y la equidad⁴⁴. Y, aunque a día de hoy, nos sigamos manifestando como grandes defensores del arbitraje de consumo, no podemos esconder que la crisis actual por la que atravesamos también ha afectado al sistema arbitral de consumo, llegándose a adoptar medidas en la práctica –así nos consta- como la de inadmitir solicitudes de arbitraje de consumo inferiores a 30 €, que dudosamente están amparadas por el art. 35 RDSAC. Este precepto regula –muy poco claramente, lo cierto- las posibles causas de inadmisión de solicitudes de arbitraje de consumo indicando que “además de por las causas previstas en el artículo 2”, esto es, por estar ante conflictos que no pueden resolverse vía arbitraje de consumo, “el presidente de la junta arbitral podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de arbitraje que resulten infundadas y aquéllas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios” (art. 35.1 RDSAC). Obsérvese que no concreta el RDSAC qué

⁴³ Sobre el particular puede verse Virginia PARDO IRANZO (2012).

⁴⁴ Para más detalles, véase Diana MARCOS FRANCISCO (2010, págs. 152-203).

solicitudes pueden calificarse de infundadas ni las que no afectan derechos ni intereses económicos de los consumidores y usuarios, otorgando una gran discreción a los distintos presidentes de las juntas arbitrales de consumo. En cualquier caso, partiendo de que el derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que las causas de inadmisión a trámite de la demanda se han de interpretar restrictivamente, entendemos que sólo cabrá inadmitir la solicitud de arbitraje por razones de fondo (y, en este sentido, considerar que es infundada) cuando lo solicitado esté claramente excluido de tutela por el ordenamiento jurídico (de forma expresa o no, pero claramente excluido, como por ejemplo solicitar que el empresario se disculpe públicamente). En definitiva, podríamos concluir que las solicitudes infundadas son aquellas en las que desde el principio se advierte claramente que carecen de cualquier fundamento⁴⁵ al pretender el consumidor o usuario una tutela excluida del ordenamiento de forma patente por no afectar a derechos o intereses económicos cuya protección es exigible; lo que no ocurre por el simple hecho de que la cuantía reclamada por el consumidor o usuario sea pequeña.

Dicho lo anterior, estimamos oportuno realizar dos observaciones o apreciaciones:

1ª) En primer lugar, somos conscientes de que, por la difícil situación económica por la que atravesamos, podría convenir adoptar medidas como la de fijar un umbral monetario mínimo (los 30 €, p. ej.) por debajo del cual no cabe admitir solicitudes de arbitraje. Pero esto debería decirlo, no un presidente de una Junta Arbitral de Consumo –por la inseguridad jurídica que ello implica– sino el legislador. Asimismo, esta práctica (e, inclusive, cabría decir el propio art. 35 RDSAC por su poca claridad) contraviene el principio de transparencia que proclama el art. 7 de la Directiva 2013/11/UE, al exigir que los Estados miembros velen por que las entidades de resolución alternativa, cuando así se solicite, pongan a disposición del público, en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado, información clara y fácilmente comprensible sobre –entre otros extremos– “las normas de procedimiento por las que se rige la resolución de un litigio y los motivos por los cuales la entidad de resolución alternativa puede negarse a tratar en un determinado litigio de conformidad con el artículo 5, apartado 4” (letra g del apartado 1º de dicho art. 7).

Por tanto, en este caso, correspondería al Gobierno reformar el art. 35 RDSAC en el sentido apuntado y ponerse dicha información al servicio del público. Parece claro que ello sería acorde con la propia Directiva 2013/11/UE (que –no olvidemos– establece “requisitos de calidad para las entidades de resolución alternativa, que deben garantizar el mismo nivel de protección y la igualdad de derechos para los consumidores en los litigios tanto nacionales como transfronterizos”⁴⁶), cuyo art. 5.4 permite que las entidades de resolución alternativa mantengan o introduzcan normas procedimentales en virtud de las cuales puedan negarse a tramitar determinados litigios por una serie de motivos tasados, entre el

⁴⁵ Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2008, págs. 3 y 13).

⁴⁶ Considerando (38).

que está (en la letra d) “que el valor de la reclamación sea inferior a un umbral monetario preestablecido”.

2ª) Y, en segundo lugar, creemos que lo que ya no es tan acorde con la mencionada Directiva, es el plazo previsto en el RDSAC para resolver el conflicto dictando el laudo correspondiente. Y es que, mientras el art. 49.1.1º de la norma nacional fija el plazo para dictar laudo en 6 meses “desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses”, la Directiva, al tratar el principio de eficacia en su art. 8, exige que los Estados miembros velen por que los procedimientos de resolución alternativa sean eficaces y cumplan, entre otros, con el siguiente requisito previsto en la letra e): “que el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación. En caso de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales. Se informará a las partes de toda ampliación de dicho plazo, así como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio”.

Por tanto, la falta de correspondencia entre el art. 49.1.1º RDSAC y el art. 8, e) de la Directiva exige adaptar aquella norma a ésta –y no perdamos de vista que la fecha límite de trasposición de la Directiva es el 9 de julio del presente año 2015⁴⁷-, reduciendo el plazo en principio a 90 días. Aunque somos conscientes de la enorme dificultad que supondría reducir tanto el plazo para el sistema arbitral de consumo (no olvidemos que el anterior RD regulador del sistema arbitral de consumo fijaba este plazo en 4 meses –y desde la designación del colegio arbitral-⁴⁸ y ya entonces, por el éxito del arbitraje de consumo, empezó a ser difícil, con los recursos personales existentes, poder resolver los distintos casos en plazo), el art. 49.1.1º podría quedar redactado como sigue:

“El plazo para dictar un laudo será de 90 días naturales contados desde la fecha en que el órgano arbitral disponga del expediente completo de la reclamación. En caso de presentar el litigio una particular complejidad, el órgano arbitral competente para resolverlo podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales, previa información de ello a las partes, así como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio”.

⁴⁷ Así lo indica su art. 25.1.

⁴⁸ Se trata del RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, cuyo art. 14 decía lo siguiente:

“1. El laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral.

2. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándolo al colegio arbitral antes de la expiración del plazo inicial”.

3.2. ¿Y qué sucede con los efectos sobre el convenio de que la ejecución hipotecaria tenga lugar por el procedimiento extrajudicial regulado en la Ley y Reglamento hipotecarios?

Creemos que existen argumentos suficientes para entender que dicho convenio tampoco debe vincular al consumidor. Así:

1. Como argumento fundamental, habría que estar nuevamente a lo dispuesto en el art. 10.1 de la repetida Directiva 2013/11/UE. En efecto, a la luz de lo dispuesto en dicho precepto, podríamos defender, aplicándolo analógicamente, que el convenio o cláusula incluida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que acuerda acudir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, en ningún caso puede vincular al consumidor. Y ello porque dicho procedimiento, regulado en los arts. 129 de la Ley Hipotecaria (BOE nº 58, de 27.2.1946) y 234 y ss. del Reglamento Hipotecario (BOE nº 106, de 16.4.1947), constituye, a la postre, un procedimiento ejecutivo o con finalidad ejecutiva, que priva o impide al consumidor que su tutela ejecutiva se lleve a cabo por órganos judiciales. No olvidemos que, junto a la tutela declarativa, se encuentra la ejecutiva e, inclusive, la cautelar (art. 117.3 CE).

Admitiendo la existencia de una enorme discusión doctrinal sobre la naturaleza de esta venta extrajudicial, tal finalidad ejecutiva se desprende del propio Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116, de 15.5.2013) (Ley que da una nueva redacción al indicado art. 129, de la que igualmente se desprende), y de la STS, 1ª, 25.5.2009 (RJ 2009\3041; MP: Antonio Salas Carceller)⁴⁹.

Y se desprende del propio Preámbulo porque afirmar -como hace- que “dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”, sentencia que evidencia la falta de adecuación de la regulación de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, es lo mismo que reconocer implícitamente dicha finalidad ejecutiva.

Lo cierto es que las novedades no sorprenden considerando que la crucial STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89; MP: Sr. A. Tizzano) planteaba muchas incógnitas acerca de sus posibles efectos sobre los procedimientos extrajudiciales de ejecución de hipotecas, pues, por un lado, de acuerdo con el régimen de protección de los consumidores, es evidente el necesario control de la validez de cláusulas contractuales en los procedimientos notariales

⁴⁹ SAP Les Illes Balears, Civil Sec. 5ª, 12.5.2014 (JUR 2014\169240; MP: Mateo Lorenzo Ramón Homar), FD 2º.

de ejecución; pero, por otro lado, difícilmente los notarios puedan asumir dicho control al estar implícito en la función jurisdiccional propia de los órganos judiciales⁵⁰ (art. 117.3 CE).

2. Y, en segundo lugar, cabría considerar que cláusulas como la ahora cuestionada son cláusulas abusivas en el sentido de tal Directiva 93/13/CEE. En efecto, también podríamos llegar a la conclusión de que dicha cláusula contractual, cuando sea predispuesta en un contrato de adhesión, se trata de una cláusula abusiva por tener el consumidor que acudir a un procedimiento extrajudicial que limita o restringe los recursos o medidas procesales -en su defensa- de los que dispondría en una ejecución judicial. Y es que, de conformidad con la letra q) del Anexo de la repetida Directiva 93/13/CEE, pueden ser declaradas abusivas las cláusulas que tengan por efecto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”.

3. Pero hay que advertir que, si bien antes de la reforma del art. 129 de la Ley Hipotecaria podríamos llegar más claramente a considerar que las cláusulas de sometimiento al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria son cláusulas abusivas por acordar la sumisión a un procedimiento extrajudicial que se oponerá a la doctrina del TJUE fijada en Sentencias como la apuntada (infra tratada), causando -pese a las exigencias de la buena fe- en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, tras dicha reforma no está tan claro. Y es que, antes de dicha reforma era evidente el diferente tratamiento o régimen jurídico de ambos procedimientos (el extrajudicial y el judicial de ejecución hipotecaria), con merma de los medios de defensa del consumidor en el primero de ellos, fundamentalmente por dos motivos:

- 1) Cabía eludir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, tan acuñado por el TJUE, al dejarse en manos de un notario -y no de un juez- la venta extrajudicial del bien hipotecado.
- 2) Y por no estar prevista la posible asistencia jurídica gratuita cuando de ejecuciones hipotecarias de carácter extrajudicial se trata, mientras que nada impide solicitarla al consumidor que se ve inmerso en una ejecución judicial (art. 7.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita [BOE nº 11, de 12.1.1996]).

Sin embargo, tras la reforma, las cosas no parecen tan claras. Recordemos que la Ley 1/2013 (Capítulo II) modifica el art. 129 de la vigente Ley Hipotecaria (o, mejor -habría que decir-, del Texto refundido sancionado por Decreto de 8 de febrero de 1946) a efectos de introducir mejoras en el mercado hipotecario.

⁵⁰ De ahí que Encarnación CORDERO LOBATO defendiera que debía articularse un trámite similar al de las ejecuciones judiciales en las ejecuciones notariales, a cargo de un juez (por ejemplo, el competente para conocer de la ejecución judicial). Véase Encarnación CORDERO LOBATO (2013, págs. 31 y 32).

Dicho precepto (art. 129) pasa a quedar redactado en los siguientes términos:

“1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o

cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Fíjese que las cosas no están tan claras porque, atendiendo a la nueva regulación, además de garantizar al deudor el establecimiento de un tipo mínimo para vender extrajudicialmente los bienes hipotecados, se otorga al notario las facultades de advertir a las partes el posible carácter abusivo de una cláusula y de suspender la venta extrajudicial por la impugnación judicial de cláusulas contractuales abusivas⁵¹.

Por lo que ahora interesa, y con independencia de cómo se resuelva el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 129 de la Ley Hipotecaria promovido por los miembros del Grupo Parlamentario Socialista con fecha de entrada el 16 de agosto de 2013, puede seguir defendiéndose dicho tratamiento diferenciado entre ambos procedimientos, fundamentalmente porque:

1) El alcance del control atribuido al notario sobre las cláusulas abusivas nada tiene que ver con el alcance del control judicial, pues –como es lógico, dado que lo contrario atentaría contra el monopolio judicial de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional consagrado en el art. 117.3 CE- tan sólo se permite al notario advertir a las partes de la

⁵¹ Sobre el particular véase José MARTÍN PASTOR (2013, p. 4).

posible existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o determinen la cantidad exigible. Y dicha facultad quedaría en papel mojado:

A) Cuando el notario, en contra de la opinión de los tribunales, considere no estar ante cláusulas abusivas;

B) Y cuando, aun considerándolo y haciéndolo llegar a las partes (y, en su caso, a avalista e hipotecante no deudor), el consumidor no plantee ante el juez competente (que, para el caso de que los bienes hipotecados sean inmuebles, en principio es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca ex art. 684.1 LEC) dicha abusividad, lo que sin duda constituye una carga para aquél. Y no serviría de nada porque, de no hacerlo, el notario no procedería a la suspensión de la venta extrajudicial, mientras que en sede judicial esta suspensión opera automáticamente (art. 695.2 LEC). Nos preguntamos si no habría sido mejor y más acorde con la doctrina del TJUE atribuir esta carga al mismo notario, suspendiendo entretanto la venta extrajudicial.

2) No coinciden los efectos que tiene la declaración judicial de la nulidad por abusividad en ambos procedimientos: así, mientras en el judicial dicha declaración puede determinar el sobreseimiento de la ejecución (cuando la cláusula abusiva fundamenta la ejecución) o bien continuar la misma sin la aplicación de la cláusula abusiva (art. 695.3.2º LEC), en la venta extrajudicial sólo tiene efecto dicha declaración cuando afecta a la misma esencia o fundamento de la ejecución, pero no a aspectos accesorios como es la determinación de la cantidad⁵².

De ahí que el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 25 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, aprobado por Real Decreto de 14 de febrero de 1947, en materia de venta forzosa extrajudicial, advierta que “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que haya determinado la cantidad exigible no conlleva consecuencia alguna en el contexto de la venta forzosa extrajudicial pues, a requerimiento del acreedor, se reanuda el procedimiento, sin que se prevea consecuencia alguna por el carácter abusivo, declarado judicialmente, de la cláusula determinante de la cantidad exigible. No resulta posible, por la aplicación del principio de jerarquía normativa consagrado en la Constitución, que sobre este particular el RH pueda contravenir lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, como la solución que ofrece, tanto el precepto último citado como la letra c) del número tres del artículo 236 ñ no es satisfactoria, en este informe se sugiere abordar la modificación de lo dispuesto el citado artículo de la Ley Hipotecaria, de manera que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, tanto si constituye fundamento de la ejecución como si es determinante de la cantidad reclamada, impida la prosecución de la

⁵² En este sentido se pronuncia la SAP Les Illes Balears, Civil Sec. 5ª, 12.5.2014 (JUR 2014\169240; MP: Mateo Lorenzo Ramón Homar), haciendo suya la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 3.1.2014.

venta extrajudicial forzosa, sin perjuicio que la ejecución pueda sustanciarse en sede judicial conforme a lo preceptuado por la LEC⁵³.

3) Por último, sigue sin estar prevista la posible asistencia jurídica gratuita cuando de ejecuciones hipotecarias de carácter extrajudicial se trata. Las cosas serían menos claras si el beneficio de pobreza se extendiera a este tipo de ejecuciones porque, como ha recordado el Tribunal de Justicia (Sala 3ª) en su reciente Sentencia de 12.2.2015, dictada en el asunto C-567/13 (TJCE 2015\60; MP: Sra. C. Toader), “deben tenerse en cuenta los mecanismos previstos por la normativa procesal nacional para compensar los posibles problemas económicos del consumidor, como la obtención del beneficio de justicia gratuita” (apartado 55).

Así las cosas, ¿habría, por tanto, que entender que dicho procedimiento de venta extrajudicial se opone a la normativa europea (a la Directiva 93/13/CEE)? A la vista de lo anterior, parece que hay argumentos suficientes para entender que sí. Sin embargo, hemos de decir que, considerando lo resuelto por el TJUE en su reciente Sentencia, 1ª, 21.1.2015 (TJCE 2015\4; MP: Sr. E. Levits) -infra tratada-, la respuesta parece no estar tan clara por no coincidir el ámbito de aplicación de la legislación hipotecaria con el de la Directiva.

Lo que sí parece más claro -y defendible-, a la vista de las anteriores argumentaciones, es que cabe considerar abusiva la cláusula no negociada individualmente que acuerda acudir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

4. Medidas adoptadas por el legislador español para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Se trata de medidas procesales que derivan de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia (de la UE) al interpretar normativa europea y, muy especialmente, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁵⁴, resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; doctrina que hace dar un giro copernicano al tradicional principio dispositivo rector de los procesos civiles.

Recordemos, por un lado, que en virtud del principio dispositivo, y por lo que ahora interesa recalcar, “la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes”⁵⁵ (art. 216 LEC); y, por otro, que se entiende por “cláusulas abusivas”, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente entre consumidor y profesional que, pese a las exigencias de la

⁵³ Conclusión 4ª, págs. 47 y 48, del indicado Informe del CGPJ.

⁵⁴ Directiva que, como es lógico, incluso se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, como ha declarado la STJUE, 9ª, 15.1.2015 (TJCE 2015\5; MP: Sr. M. Safjan), dictada en el asunto C-537/13.

⁵⁵ Juan MONTERO AROCA (2014a, p. 257).

buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva). Pues bien, son muchas las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia interpretando la repetida Directiva que ponen claramente de manifiesto que los jueces deben actuar, incluso de oficio, en tutela de los consumidores y usuarios⁵⁶, cuando estén ante cláusulas abusivas (doctrina que arranca con la STJUE, 27.6.2000 [MP: Sr. P. Jann]).

Ahora cabe destacar entre dichas resoluciones, por resultar de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles y ser origen o fundamentar una serie de modificaciones legislativas de carácter procesal (las que fundamentalmente corresponde tratar en este apartado), la STJUE, 1ª, 14.6.2012 (TJCE 2012\143; MP: Sr. A. Tizzano), dictada en el asunto C-618/10; la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89; MP: Sr. A. Tizzano), dictada en el asunto C-415/11; el ATJUE, 1ª, 14.11.2013 (Sr. A. Tizzano), dictado en los asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13⁵⁷; la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106; MP: Sr. E. Levits), dictada en el asunto C-169/14; y la STJUE, 1ª, 21.1.2015 (TJCE 2015\4; MP: Sr. E. Levits), dictada en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

Veamos, pues, cuáles han sido las medidas adoptadas por el legislador español a raíz de dichas resoluciones.

4.1. En materia de facultades integradoras del juez de las cláusulas abusivas

a) La modificación del art. 83 TRLGDCU

En virtud de la STJUE, 1ª, 14.6.2012 (TJCE 2012\143; MP: Sr. A. Tizzano), normativas como la española (en concreto, el art. 83 TRLGDCU) se oponen al art. 6.1⁵⁸ de la Directiva porque “atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

⁵⁶ Esta terminología (“consumidores” y “usuarios”) no es europea, sino propia de nuestro Estado, pues las normas europeas no distinguen ambos términos, refiriéndose únicamente a los “consumidores”. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español tradicionalmente ha preferido distinguir entre “consumidores” y “usuarios” según el objeto del contrato sea la adquisición de un bien o prestación de un servicio, respectivamente.

⁵⁷ El Tribunal de Justicia decidió dictar una resolución con forma de Auto y no de Sentencia en aplicación del art. 99 de su Reglamento de Procedimiento de 24 de septiembre de 2012 (DOUE nº 265, de 29.9.2012), que trata la “respuesta mediante un auto motivado”, “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

⁵⁸ Art. 6.1: “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”.

De ahí que, como consecuencia de esta Sentencia, mediante la ya conocida Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU y otras Leyes complementarias, se reforme el art. 83 TRLGDCU, que presentaba la siguiente redacción:

“1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258⁵⁹ del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

Como indica el propio legislador en el Preámbulo (apartado III) de esta Ley, “el Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7⁶⁰ de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva”.

Según la nueva redacción del precepto, bajo la rúbrica “nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato”, “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

En relación con esta reforma o nueva medida, cabe destacar los siguientes aspectos u observaciones:

1^a) Estamos ante una medida que, como suele suceder en la práctica, ya había sido acogida por los tribunales a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia incluso antes de reformarse el art. 83 TRLGDCU. A modo de ejemplo cabe citar la SAP Valencia, Civil Sec. 8^a, 8.7.2013 (JUR 2013\279517; MP: Sandra Silvana Schuller Ramos), que inclusive aplica retroactivamente la doctrina recogida en dicha sentencia europea. En el concreto supuesto

⁵⁹ Art. 1258: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁶⁰ El apartado 1^o de este art. 7, recoge tal efecto disuasorio bajo los siguientes términos: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Por su parte, los otros dos apartados, ya se refieren a posibles medios disuasorios.

en que trae causa la SAP valenciana, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mislata, en Sentencia de 2.12.2012, estimaba parcialmente la demanda interpuesta por cierta entidad bancaria, condenando a la parte demandada –apelante- a abonar la cantidad reclamada en concepto de principal más los intereses ordinarios correspondientes. “En cuanto a los intereses moratorios reclamados, la sentencia declaró nula por considerarla abusiva la cláusula que fijaba los intereses moratorios al 26,90 % anual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy artículo 82 del RDL 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, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2007), considerando que se trataba de un contrato de adhesión y que dicho tipo de interés resulta claramente desproporcionado, causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato. Integrando el contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de dicha Ley (antes 10 bis 2), fijó los intereses moratorios aplicables en un 10 % anual respecto a la cantidad prestada a la demandada en el año 2006 y en el 12,50 % anual respecto a la cantidad prestada en el año 2007, siguiendo el criterio establecido en el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo , esto es, un tipo de interés igual a dos veces y media el interés legal vigente” (FD 1º). Sin embargo, la SAP de Valencia fallaba dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena de la demandada al pago de los intereses moratorios.

2ª) Repárese, que dicha facultad de integración se mantiene –en contradicción con lo que ahora dice el art. 83 TRLGDCU- en los arts. 9⁶¹ y 10⁶² de la vigente Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) (BOE nº 89, de 14.4.1998), preceptos que no ha modificado la Ley 3/2014. ¿Significa ello que el legislador pretende fijar un régimen jurídico diferente otorgando unas facultades u otras al juez según las condiciones generales de la contratación se den en relaciones de profesionales entre sí o de éstos con los consumidores? Podría pensarse que sí, aunque también que no existe justificación para ello.

⁶¹ Art. 9 (“régimen aplicable”):

“1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

⁶² Art. 10 (“efectos”):

“1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

3^a) El problema radica en que el propio Tribunal de Justicia (Sala 4^a), en posterior Sentencia de 30.4.2014 (STJCE 2014\105; MP: Sra. A. Prechal), dictada en el asunto C-26/13⁶³, parece dar un vuelco a la interpretación proporcionada en la indicada STJUE, 1^a, 14.6.2012 (TJCE 2012\143; MP: Sr. A. Tizzano), al fallar que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional”.

Así las cosas, ¿debemos interpretar el nuevo art. 83 TRLGDCU en el sentido de prohibir toda integración judicial? ¿O por el contrario cabría admitir que un juez salvara la validez de un contrato que no podría subsistir sin las cláusulas abusivas mediante la integración del mismo con una norma supletoria de Derecho nacional?

4^a) Ante tales dudas no resulta extraña la diversidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales, con la inseguridad jurídica que ello conlleva. Compartimos la opinión de la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, quien en su Sentencia n^o 222/2014, de 13.10.2014 (JUR 2014\260933; MP: M^a Pilar Astray Chacón), postula, en relación con la nueva redacción del art. 83 TRLGDCU, que “la eliminación de tal referencia no implica el cierre de la suerte de tal integración por operatividad de lo dispuesto en el art. 1258 del código civil y 65⁶⁴ del TRLGDCU, pues si no contrariamente, la consecuencia pudiera incluso entenderse muy perjudicial para los consumidores. Sin embargo las referencias a la integración, han de ser matizadas o precisadas, en el sentido de que en ningún caso, tal integración pueda implicar la moderación, ni modificación de la cláusula nula que ha de tenerse por no puesta” (FD 6^o).

Como ahora se verá, el Tribunal de Justicia ha dictado una reciente Sentencia que se pronuncia sobre el procedimiento español de ejecución hipotecaria, que avala nuestra postura.

b) La interpretación del art. 83 TRLGDCU a la luz de la reciente STJUE, 1^a, 21.1.2015

Se trata de la STJUE, 1^a, 21.1.2015 (TJCE 2015\4; MP: Sr. E. Levits), dictada en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, que concluye lo siguiente: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de

⁶³ Este asunto tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial planteada por la *Kúria* (Hungría).

⁶⁴ Art. 65, sobre “integración del contrato”: “Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva”.

En resumen, mediante las cuestiones prejudiciales planteadas, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena (Murcia) cuestiona si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional como es la Disposición Transitoria 2^a⁶⁵ de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que obliga al juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria, a ordenar que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija unos intereses de demora calculados a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo.

En principio el Tribunal de Justicia –en esta reciente Sentencia- parece defender la contrariedad de la norma española con el Derecho europeo al recordar la indicada doctrina recogida en su Sentencia de 14.6.2012 (TJCE 2012\143; MP: Sr. A. Tizzano), así como en su Sentencia de 30.5.2013 (TJCE 2013\145; MP: Sra. M. Berger), dictada en el asunto C-488/11⁶⁶, en virtud de la cual “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma” (apartado 28) y sin que puedan “reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula” (apartado 29). Aunque también el TJUE pergeña que él mismo se ha pronunciado en su

⁶⁵ El tenor de dicha Disposición Transitoria 2^a (sobre “interés de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual”) es el siguiente:

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

⁶⁶ Este asunto tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial planteada por el *Gerechtshof te Amsterdam* (Países Bajos).

Sentencia de 30.4.2014 en el sentido de permitir al juez nacional sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, recuerda que “esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización” (apartado 33), lo que no sucede si se tienen por nulos y no puestos los intereses de demora abusivos (apartado 34).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha decidido declarar –aunque no con la claridad que sería deseable– que per se dicha previsión no se opone a la Directiva europea al no coincidir el ámbito de aplicación de ambas normas. Así, mientras el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria 2ª comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario, el de la Directiva 93/13/CEE se circunscribe a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor con cláusulas abusivas (apartado 36). Para no incurrir en ningún error interpretativo hay que entender que el diferente ámbito de aplicación a que se refiere este apartado 36 es el material u objetivo (y no el personal o subjetivo) y, por ende, concluir que “la única interpretación que garantiza la compatibilidad de la repetida Disposición Transitoria con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, según criterio de esta Sección, es la de que solo cuando una cláusula contractual no se considere abusiva resulta de aplicación el límite fijado en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, como una medida adicional de protección de la vivienda habitual” (SAP Barcelona, Civil Sec. 16ª, 6.5.2015 [JUR 2015\160186; MP: Federico Holgado Madruga], FJ 4º).

En cualquier caso, y por lo que ahora interesa, de la doctrina sentada en el fallo de esta reciente Sentencia, en especial relación con sus apartados 28, 29, 33 y 34, los jueces nacionales sólo estarán facultados para integrar las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores cuando dichos contratos no puedan subsistir per se, sin las cláusulas declaradas abusivas, lo que no ocurre en relación con una cláusula contractual que fija intereses de demora abusivos (entre las primeras resoluciones que aluden a esta última sentencia del TJUE cabe citar el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Cáceres de 23.1.2015 [MP: Joaquín González Casso]).

Pero, si se quiere salvaguardar la seguridad jurídica, convendría nuevamente modificar en dichos términos el tajante art. 83 TRLGDCU, que podría quedar redactado como sigue:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Si el contrato no puede subsistir sin tales cláusulas, el Juez podrá integrarlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

4.2. En el ámbito de la ejecución hipotecaria

a) Primeras medidas

En virtud de la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89; MP: Sr. A. Tizzano), normativas como la española se oponen a la Directiva 93/13/CEE porque “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”.

Llama la atención la aparente contradicción entre lo indicado en tal Sentencia (que incluso parte de la premisa de considerar la tutela, amparo y protección del consumidor como principio de orden público europeo) y lo sentado por nuestra jurisprudencia española, defendiendo “la constitucionalidad del ejecutivo hipotecario (reiteradamente desde la STC 41/1981 hasta el ATC de 19 julio 2011), por el hecho de que las limitadas posibilidades de oposición del ejecutado (reguladas hoy en los arts. 695 y ss. LEC, 236-ñ y 236-o del Reglamento Hipotecario), se contrarrestaban con la posibilidad de instar un declarativo ulterior que, si bien no podría tener nunca el efecto de suspender o entorpecer la ejecución hipotecaria, podría servir para tutelar eficazmente los derechos del ejecutado, sentencia declarativa cuya eficacia podría ser asegurada a través de la correspondiente anotación preventiva de la demanda, así como mediante la retención de la cantidad que debiera entregarse al ejecutante (art. 698.2 LEC)”⁶⁷. Y, en este sentido, se ha llegado a afirmar que “dado que la posibilidad de modificar el proceso de ejecución hipotecaria por vía judicial estaba cerrada por la clara y constante doctrina –ya citada– del TC a favor de su constitucionalidad, no cabía otra opción que acudir a los órganos judiciales de la Unión Europea, para ver si un régimen tan expeditivo y riguroso era incompatible con la normativa europea de protección de los consumidores (habituales afectados por la constitución de la hipoteca). Y la respuesta del TJUE (...) ha terminado provocando una modificación legal y, lo que es más discutible, una práctica judicial en relación con los procesos hipotecarios que los puede convertir en instrumento absolutamente ineficaz para lo que se pretende alcanzar por su medio”⁶⁸.

Pues bien, como consecuencia de esta STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89), en el ámbito de la ejecución hipotecaria se introdujeron primeramente una serie de medidas por la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Tal y como indica el Preámbulo de la misma Ley, el Capítulo III (que incluye un único art. 7), sobre “mejoras en el

⁶⁷ Véase Encarnación CORDERO LOBATO (2013, p. 27).

⁶⁸ Julio BANACLOCHE PALAO (2014, p. 4).

procedimiento de ejecución”, “recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

En relación con estas medidas, cabe destacar los siguientes aspectos u observaciones:

1ª) Las modificaciones operadas en la LEC no se han limitado al procedimiento especial ejecutivo, pues también han sido reformadas las normas correspondientes del procedimiento ordinario ejecutivo; lo que es coherente con la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia⁶⁹. Así, se han reformado tanto los arts. 552, 557 y 561, todos ellos ubicados dentro del Título III (sobre “la ejecución: disposiciones generales”) del Libro III (bajo la rúbrica “De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”), como el art. 695, ubicado exactamente dentro del Capítulo V del Título IV (“De la ejecución dineraria”) de igual Libro, que trata “las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”.

1.1. En virtud de las modificaciones operadas, el art. 552, sobre la “denegación del despacho de la ejecución. Recursos”, ubicado concretamente dentro del Capítulo III (“Del despacho de la ejecución”), incluye un nuevo párrafo 2º en su primer apartado, a tenor literal del cual “cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª”. Como se ve, este trámite de “audiencia” escrita (así entendemos que se desprende de la nueva redacción del precepto, atendiendo al plazo otorgado a las partes de 15 días⁷⁰, a pesar de que la Ley no haya aludido expresamente a dicha forma escrita) se contempla para controlar posibles cláusulas abusivas insertadas en determinados títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales (los recogidos en el art. 557.1 que, a su vez, se remite a los títulos previstos en los números 4º, 5º, 6º, 7º y 9º del art. 517.2 LEC), a saber: las escrituras públicas, pólizas de contratos mercantiles, títulos al portador o nominativos y cupones también vencidos de dichos títulos, certificados no caducados expedidos por entidades encargadas de registros contables respecto de valores representados por anotaciones en cuenta a que alude la Ley

⁶⁹ Ello considerando que todos “los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (apartado 25 de la STJUE, 1ª, 17.7.2014 [TJCE 2014\106]).

⁷⁰ Hay que decir que este plazo en realidad lo fijaba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en 5 días, pero fue ampliado a 15 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE nº 153, de 27.6.2013).

de Mercado de Valores y aquellos otros documentos que lleven aparejada ejecución (en virtud de la misma LEC u otra Ley)⁷¹.

1.2. Obsérvese que el legislador parece no haber tenido en consideración otras Sentencias del Tribunal de Justicia, aún más antiguas que la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89), al haberse centrado en los títulos ejecutivos extrajudiciales y haber dejado fuera los laudos o resoluciones arbitrales (título ejecutivo ex art. 517.2.2º LEC), que el legislador asimila a los judiciales. Concretamente, nos referimos a la conocida STJUE, 1ª, 6.10.2009 (Sr. A. Tizzano), dictada en el asunto C-40/08⁷² (íntimamente relacionada con la Sentencia de igual Sala de 26.10.2006 [Sr. J.N. Cunha Rodrigues], dictada en el asunto C-168/05)⁷³, según la cual, “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula”.

En este sentido, quizá sería más acertado un art. 552 con un nuevo párrafo 2º redactado en los siguientes términos:

“Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo no judicial pueda ser calificada como abusiva o bien cuando el tribunal apreciare que el laudo cuya ejecución se pretende se fundamenta en una cláusula abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3”.

1.3. Los nuevos arts. 552 y 557 LEC han sido objeto de críticas tales como que permiten el control de cláusulas abusivas en particular y no de cualquier cláusula nula (por la causa

⁷¹ Recuérdese que todos los títulos no judiciales ni arbitrales indicados deben reunir las características o requisitos previstos en el art. 517.2 LEC para considerarse como tales y llevar aparejada ejecución.

⁷² Resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao.

⁷³ Esta Sentencia, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, concluye: “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

que sea) y por –en relación con el art. 557- ubicar la nueva y 7ª causa posible de oposición entre los motivos de fondo, lo que no concuerda con su posible control de oficio⁷⁴.

1.4. Pues bien, más allá de dichas críticas, cabría plantear al legislador alguna otra: ¿y qué sucede con la posible oposición a la ejecución de laudos que derivan de convenios arbitrales nulos por abusivos? Fíjese que el art. 556 LEC, que trata la oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales, no ha sido modificado: lamentablemente, ni lo fue tras dictarse la conocida STJUE, 1ª, 6.10.2009 (Sr. A. Tizzano), ni se ha aprovechado la ocasión con las reformas operadas tras la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89).

En este sentido, quizá sería acertado un art. 556 (precepto que trata la “oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o los acuerdos de mediación”⁷⁵) redactado en los siguientes términos⁷⁶:

“Artículo 556. Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.

1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

Si el título ejecutivo fuera una resolución arbitral de condena, igualmente se podrá oponer el carácter abusivo de la cláusula arbitral que fundamente aquel laudo.

2. La oposición que se formule en los casos previstos en los párrafos 1º y 2º del apartado anterior no suspenderá el curso de la ejecución. Sí lo hará la oposición formulada al amparo del párrafo 3º, en cuyo caso el Secretario judicial mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la ejecución se haya despachado en virtud del auto a que se refiere el número 8º del apartado 2 del artículo 517, una vez el Secretario judicial haya tenido por formulada oposición a la ejecución, en la misma resolución ordenará la suspensión de ésta. Esta oposición podrá fundarse en cualquiera de las causas previstas en el artículo siguiente y en las que se expresan a continuación:

⁷⁴ José MARTÍN PASTOR (2013, p. 2).

⁷⁵ Sobre la ejecución del acuerdo de mediación, puede verse Virginia PARDO IRANZO (2014).

⁷⁶ En este precepto nosotros hemos añadido un tercer párrafo al primer apartado y hemos modificado el 2º apartado.

- 1.ª Culpa exclusiva de la víctima.
- 2.ª Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.
- 3.ª Concurrencia de culpas”.

1.5. Por su parte, el art. 557, sobre “oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales” y ubicado dentro del Capítulo IV (“De la oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo”), añade una posible causa más (la 7ª) de oposición a la ejecución, consistente en “que el título contenga cláusulas abusivas”.

1.6. Por último, el art. 561 (dentro de igual Capítulo IV), bajo la rúbrica “auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo”, pasa a tener un nuevo punto 3º en su primer apartado, que pergeña: “Cuando se aprecie el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”. Queda claro que el auto acordará la improcedencia y archivo de la ejecución cuando la cláusula abusiva la fundamente, continuando sin la cláusula en caso contrario.

1.7. Y centrándonos ya en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, el art. 695, sobre “oposición a la ejecución”, quedaba redactado por la Ley 1/2013 del siguiente modo:

“1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

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

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.^a 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.

4.^a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día⁷⁷.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a y 3.^a del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4.^a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”.

Por lo que ahora interesa destacar, el legislador español ha dado cumplimiento a lo pergeñado en la STJUE, 1^a, 14.3.2013 (TJCE 2013\89) al recoger en el art. 695.1.4^a, como posible causa de oposición a la ejecución hipotecaria, “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”; esto es, al permitir “formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo”.

Cuestión distinta, y en la que no vamos a entrar por tratarse de una cuestión sustantiva y no procesal, aunque dejamos apuntada por su importancia, es si la posibilidad de oponerse

⁷⁷ Hay que decir que la redacción que presenta el apartado 2 del artículo 695 es fruto del número dos de la disposición final cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Originariamente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, fijaba el actual plazo de 15 días en 4.

a la ejecución –ordinaria o hipotecaria- alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual fundamental en la ejecución permite o alcanza un control de transparencia⁷⁸.

2ª) En otro orden de consideraciones, podría reseñarse que el legislador no ha introducido entre las disposiciones que regulan este procedimiento especial ejecutivo una norma similar a la del art. 552.1.2º, consecuencia del posible control de oficio de cláusulas abusivas incluidas en un préstamo hipotecario. Pero estimamos que en virtud del art. 681.1 LEC cabría aplicarlo supletoriamente⁷⁹.

3ª) En tercer lugar, y en relación con lo ya expuesto, cabe observar que las medidas introducidas por el legislador español, de entre las distintas opciones o soluciones posibles por las que podía haber optado⁸⁰, han decidido instaurar un posible doble control de cláusulas abusivas: control judicial de oficio y, en su defecto, posible control de parte (del consumidor ejecutado, se entiende), alegando como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de cualquier cláusula contenida en el título (ejecución ordinaria) o bien el carácter abusivo de una cláusula del contrato de hipoteca en que trae causa la ejecución o determina la cantidad exigible.

Dicha opción legislativa (del doble control) no ha estado exenta de críticas, basadas en la conveniencia de respetar las exigencias de apreciación de oficio de cláusulas abusivas y las de no redundancia, no teniendo justificación dividir y duplicar las instancias de control. En este sentido se ha defendido como solución más económica la de abrir *en todo caso* y no sólo cuando el juez considerase *prima facie* el posible carácter abusivo de una cláusula, un incidente de audiencia y oposición (de 10 días, por ejemplo), tras realizar el examen de admisibilidad de la demanda ejecutiva, y antes de despachar ejecución y requerir de pago al deudor. Con ello se ahorrarían trámites procesales innecesarios y la gestión de la certificación registral del art. 688 LEC⁸¹.

4ª) Por otro lado, ¿planteaba el Tribunal de Justicia en su Sentencia 14.3.2013 (TJCE 2013\89) una doble alternativa para el legislador español o una complementariedad? Nos preguntamos si con la modificación operada se satisfacen las exigencias del TJUE, dado que pueden encontrarse argumentos para defender tanto una respuesta positiva (alternatividad) como negativa (complementariedad). Así:

⁷⁸ Siguiendo a Encarnación CORDERO LOBATO, hay que reseñar que el criterio que está imperando en nuestros tribunales, harto discutible o, por lo menos, cuestionable, es el de que el control de transparencia de las cláusulas contractuales es posible en el incidente extraordinario de oposición a la ejecución previsto en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Véase Encarnación CORDERO LOBATO (2015).

⁷⁹ Coincidimos en este punto con autores como Yolanda DE LUCCHI LOPEZ-TAPIA y José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (2013, p. 4). No así lo piensa Ángel CARRASCO PERERA (2013, p. 64), quien muestra sus dudas.

⁸⁰ Algunas de ellas pueden verse en Ángel CARRASCO PERERA (2013, págs. 61 y 62), donde se realiza un interesante estudio.

⁸¹ Ángel CARRASCO PERERA (2013, p. 65).

4.1. En efecto, podría pensarse –en principio parece razonable–, como ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, que las modificaciones operadas por la Ley 1/2013 sí han tenido en cuenta todo lo pergeñado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia 14.3.2013 (TJCE 2013\89) al haber hecho uso de una de las dos opciones que ponía a su disposición⁸².

Esta postura es totalmente comprensible si partimos de entender que ambas vías u opciones son incompatibles “porque si ya se ha decidido en el primer proceso acerca de la validez de una cláusula, no resulta permisible que se vuelva a plantear la cuestión en el proceso posterior, puesto que estaría cubierta por la fuerza vinculante o prejudicial de la cosa juzgada (art. 222.4 LEC)”⁸³ y porque así parece impedirlo el tenor literal del art. 698.1 LEC. En relación con esta norma, apunta BANACLOCHE PALAO que, de su dicción “(«cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores...»), existe para el deudor la carga –con efectos preclusivos– de plantear la oposición a la ejecución por la existencia una cláusula abusiva, porque, de no hacerlo, no podrá intentarlo posteriormente en el declarativo que inste impugnando el contrato, dado que se trata de una reclamación «comprendida» en la regulación de la LEC relativa al procedimiento hipotecario y, por consiguiente, que ha de plantearse necesariamente en el trámite de oposición”⁸⁴.

4.2. Sin embargo, también cabría defender lo contrario. Y es que si entendemos que, conforme al art. 695.4 LEC, el auto que no acordaba el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva era irrecurrible y sus efectos se limitaban al proceso de ejecución en que se dictaban (*incidenter tantum*), esto es, no gozaban de efectos de cosa juzgada material; nada parecía impedir que el consumidor ejecutado presentara una posterior demanda declarativa ante el órgano competente para pronunciarse sobre la abusividad o no de las cláusulas (no así en el caso de que el auto acordara el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de la cláusula abusiva porque, dicho auto sí era apelable y gozaba de efectos de cosa juzgada material).

Así las cosas, si partimos del mero valor *incidenter tantum* de la consideración de no abusividad de las cláusulas, habría que concluir que las modificaciones operadas por la Ley 1/2013 no han tenido en cuenta todo lo pergeñado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia 14.3.2013 (TJCE 2013\89). Y ello porque, si bien el legislador español, como ya hemos tenido ocasión de ver, ha efectuado la oportuna reforma para que quepa “formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo”, no ha hecho lo mismo para posibilitar “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

⁸² En este sentido, AAP Madrid, Civil Sec. 19ª, 21.5.2014 (JUR 2014\199190; MP: Mª Victoria Salcedo Ruiz) y AAP Madrid, Civil Sec. 8ª, 2.6.2014 (AC 2014\1131; MP: Milagros Aparicio Avendaño). Entre otros autores, Julio BANACLOCHE PALAO (2014, p. 5), insistiendo en la misma idea a lo largo del trabajo; Vicente PÉREZ DAUDÍ (2014, págs. 11 y 12); y Lidia DOMÍNGUEZ RUIZ (2015, p. 13).

⁸³ Julio BANACLOCHE PALAO (2014, p. 5).

⁸⁴ Julio BANACLOCHE PALAO (2014, p. 6).

procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final". En este sentido, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, el art. 698 LEC seguía inalterado y, por tanto, sin permitir, como medida cautelar, suspender una ejecución hipotecaria cuando se iniciaba posteriormente un proceso ordinario pretendiendo la nulidad de cláusulas del contrato de hipoteca por ser abusivas (apartado 1). La única medida cautelar permitida por dicho precepto consistía –y consiste– en retener todo o parte de la cantidad que debe entregarse al acreedor en virtud de la ejecución hipotecaria (apartado 2, 1º); por lo que, en caso de que el consumidor ejecutado venciese en el proceso ordinario, podría resarcirse económicamente, pero habría perdido el bien inmueble (en muchos casos, su vivienda habitual) ya enajenado en pública subasta.

4.3. Pues bien, iguales dudas se planteaban con respecto al ATJUE, 1ª, 14.11.2013 (Sr. A. Tizzano), que concluye que "la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula".

A la luz del mismo podría entenderse que el Tribunal de Justicia permitía optar al legislador español por una de las dos alternativas y, en consecuencia, que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, habría dado cumplimiento al haber elegido la primera opción; pero también que el Tribunal de Justicia exigía al legislador español articular ambas posibilidades y, en consecuencia, la Ley 1/2013 resultaba insuficiente por no haber articulado, como medida cautelar cuando se sigue un proceso declarativo sobre cláusulas abusivas (iniciado tras la ejecución hipotecaria), la de suspender dicho proceso de ejecución hipotecaria⁸⁵.

5ª) Y, en quinto lugar, conviene centrar la atención en la modificación introducida en el apartado 4 del art. 695 LEC. Según su tenor literal, que hemos tenido ocasión de transcribir, este apartado presentaba la siguiente polémica y discutible redacción tras la Ley 1/2013: "Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación.

⁸⁵ Repárese que, mientras en el caso en que trae causa el Auto, el TJUE aludía a la facultad de suspensión del juez que conoce de la ejecución, en el caso en que trae causa la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89), se hablaba de dicha facultad respecto del juez que conoce del proceso declarativo. Ello obedece a que, mientras esta segunda cuestión prejudicial fue presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (por Auto de 19.7.2011) que conocía del proceso declarativo, aquélla lo fue por el juez ejecutor, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Catarroja (Valencia) en el asunto C-537/12 (por resolución de 15.11.2012).

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”.

5.1. Como se ve, lo que llama especialmente la atención de esta redacción es la paradójica “discriminación positiva” realizada por el legislador en favor del comerciante o empresa, al permitirle a él recurrir en apelación el auto judicial que acuerde archivar la ejecución hipotecaria por fundamentarse en una cláusula abusiva y, sin embargo, no articular recurso alguno para el consumidor frente al auto que no acuerde archivar la ejecución por entender que no está fundamentada en cláusula abusiva alguna.

5.2. Y ello resulta tan llamativo que, aun sin proceder, ha dado lugar a que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Avilés, promoviese mediante su Auto de 14.11.2013, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por entender que dicha nueva regulación atentaba contra los arts. 14 y 24 CE “al privar al ejecutado de la posibilidad de recurrir la resolución que resuelva un incidente de oposición ante una ejecución dineraria garantizada con hipoteca por alegación de cláusulas abusiva, en aquellos casos en los que se desestime el motivo de oposición, siendo firme el fallo y no teniendo más posibilidad legal de oponerse a la continuación de la ejecución, a diferencia de la posibilidad de recurso que siempre tiene el ejecutante para el caso que si se estime el motivo de oposición y evitar la firmeza del fallo”. Decimos que “aun sin proceder” porque, aun compartiendo la injusticia de la reforma operada por la Ley 1/2013, no es menos cierto que, conforme al art. 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE nº 239, de 5.10.1979), dicha cuestión de inconstitucionalidad resulta inadmisibile por no existir relación entre el fallo del proceso judicial y la validez del precepto discutido. Recordemos que, conforme a dicho precepto, “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”. Y de ahí que el propio TC acordara inadmitir la cuestión planteada⁸⁶ argumentando, entre otras cosas, que “el juicio de relevancia debe ser entendido como el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma, constituyendo uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, al carecer de legitimación para ello (SSTC 84/2012, de 18 de abril, FJ 2, y 146/2012, de 54 de julio, FJ 3, y el ATC 294/2013, de 17 de diciembre, FJ 2)” y que “la presente cuestión de

⁸⁶ Puede verse también el ATC, Pleno, 10.3.2014 (RTC 2014\70 AUTO) y los ATC, Pleno, 8.4.2014 (JUR 2014\143781, JUR 2014\143782 y JUR 2014\143783), de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por igual Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Avilés en relación con la regulación de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria, así como el ATC, Pleno, 19.7.2011 (RTC 2011\113 AUTO), que también inadmite una cuestión de inconstitucionalidad (presentada esta vez por el JPI nº 2 de Sabadell) con respecto a la regulación de igual procedimiento.

inconstitucionalidad plantea, desde esta perspectiva, un problema singular, ya que el objeto del incidente de oposición a la ejecución es el de determinar si las cláusulas cuestionadas son o no abusivas, en tanto que el precepto cuestionado viene referido a un momento posterior: el de la recurribilidad del Auto resolutorio de la oposición, que dependerá del sentido del fallo, pues sólo el pronunciamiento desestimatorio es irrecurrible” (ATC, Pleno, 10.3.2014 [JUR 2014\110083], FJ 2º)⁸⁷.

5.3. Pues bien, así las cosas, y considerando la cuestionable redacción del art. 695.4 LEC, la Audiencia Provincial de Castellón, utilizando -esta vez sí- el cauce procesal oportuno⁸⁸ para poner de manifiesto su carácter injusto por contravenir incluso Derecho europeo, mediante resolución de 2.4.2014 promovió una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, que fue resuelta por la anteriormente indicada STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106). El sentido de dicha Sentencia, nuevamente manifestando que el Derecho español se opone al europeo, produjo una rápida -quizá demasiado- intervención que, como ahora veremos, no ha sido todo lo suficiente y afortunada que podría haber sido.

5.4. Pero antes, repárese que no son pocos los tribunales que, sin manifestar dudas, han desestimado el cuestionado recurso de apelación interpuesto por el consumidor ejecutado - y admitido por el Juzgado de primera instancia en cuestión-. Así lo hace, p. ej., el AAP Córdoba, Civil Sec. 1ª, 21.2.2014 (JUR 2014\175815; MP: Felipe Luis Moreno Gómez), argumentando fundamentalmente: 1) la falta de concurrencia de un presupuesto objetivo de procedencia de los recursos, a saber, el gravamen (art. 448 LEC)⁸⁹; 2) y que, como es

⁸⁷ Dicha argumentación ya había sido previamente compartida por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, que en su Auto nº 20/2014, de 15.1.2014 (JUR 2014\196499; MP: Rocío Ortega Atienza), ya advertía a la parte proponente que no procedía plantear la cuestión de inconstitucionalidad: “Sobre este extremo hay que indicar que hay diferentes supuestos previstos en la legislación procesal en que permite apelar la resolución del juez de primera instancia dependiendo si ha estimado o no las pretensiones de las partes, pero en todo caso, esta cuestión es irrelevante en estos momentos dado que de conformidad con el artículo 35 LOTC no se puede plantear al resolver este auto la constitucionalidad del artículo 695.4 LEC. Como he indicado para poder plantearle el citado precepto exige entre otras cosas que de la constitucionalidad o no de la norma dependa el fallo que se va a dictar en el procedimiento donde se plantea la cuestión, dado que la cuestión de inconstitucionalidad no se puede utilizar con carácter general por los jueces para depurar el ordenamiento jurídico. En este caso este auto va a analizar la abusividad o no de una serie de cláusulas de la escritura de hipoteca objeto de este procedimiento, y para declararla es independiente que la resolución se pueda recurrir o no, por ello no procede admitir el planteamiento de la cuestión solicitada, dado que la constitucionalidad de dicho precepto sólo sería relevante en un momento posterior al dictado de este auto si el ejecutado quisiese apelar la resolución y no pudiese en aplicación del artículo 695.4 LEC” (FD 5º).

⁸⁸ Aunque en este caso la Audiencia Provincial sí estaría amparada por el art. 35.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para presentar una cuestión de inconstitucionalidad, porque le corresponde conocer de un recurso de apelación interpuesto por dos consumidores -ejecutados en un procedimiento de ejecución hipotecaria- frente al auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Castellón que desestimaba la oposición basada en el art. 695.1.4º y admitía a trámite el recurso.

⁸⁹ Literalmente pergeña que “ello no puede ser entendido como una discriminación en perjuicio del deudor hipotecario, ya que más allá de esa formal apariencia, lo relevante es que en dicha tesitura (sobreseimiento o inaplicación de cláusula abusiva) el auto no representaría gravamen alguno para dicho deudor ya que le resulta favorable (art. 448 y 456 de LEC)”.

sabido según jurisprudencia constitucional, en el proceso civil el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no exige que necesariamente deba preverse un recurso frente a toda resolución (RJ 2º). Desde luego, nada que objetar con respecto a este segundo punto. Pero con respecto al primero, siguiendo a MONTERO AROCA, creemos muy dudoso que en las resoluciones procesales “el gravamen sea presupuesto directo de la procedencia del recurso, debiendo bastar el que la resolución, de cualquier modo, incluso indirectamente, pueda afectar desfavorablemente a la parte”⁹⁰, y mucho más si ésta es un consumidor.

b) Segundas medidas

Según la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106; MP: Sr. E. Levits), “el artículo 7, apartado 1⁹¹, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47⁹² de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE nº 326, de 26.10.2012), debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

De ahí que, como consecuencia de esta Sentencia, en igual ámbito del proceso de ejecución hipotecaria se han introducido una serie de medidas, aunque esta vez haciendo uso del –harto discutible– mecanismo del Real Decreto-ley. Se trata, en concreto, del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE nº 217, de 6.9.2014). Aprovechando esta norma con rango de ley, que aparentemente –por su título– nada tiene que ver con lo que es ahora objeto de nuestro estudio, el legislando ha modificado el art. 695.4 LEC (Disposición Final 3ª del Real Decreto-ley), dándole la siguiente redacción:

⁹⁰ Juan MONTERO AROCA (2014, p. 438).

⁹¹ Véase supra, nota a pie de página 60.

⁹² Art. 47 (“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”):

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

«Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten».

En relación con la reforma operada por el Real Decreto-ley, cabe destacar los siguientes aspectos u observaciones:

1ª) Es loable y se agradece, por tanto, que tan rápidamente el legislador haya proporcionado igualdad de armas procesales al consumidor ejecutado y al comerciante o empresa ejecutante, permitiendo ahora también al primero recurrir en apelación el auto que acuerda seguir con la ejecución hipotecaria por entender que no hay una cláusula abusiva fundamental en aquélla o que haya determinado la cantidad exigible⁹³.

2ª) Se ha dicho que la reforma operada por el legislador español ha sido insuficiente por no articular igual recurso de apelación frente a toda resolución que desestime la oposición a la ejecución, con independencia de la causa en que se haya basado dicha oposición. Y ello porque, tal y como parece desprenderse de la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106), el principio de igualdad de armas o de igualdad procesal integra el contenido de la tutela judicial efectiva reconocida en el mencionado art. 47 de la Carta de Desechos

⁹³ Nótese que la Disposición Transitoria 4ª del Real Decreto-ley 11/2014, en coherencia con la modificación operada en el art. 695.4, introduce un “régimen transitorio en los procedimientos de ejecución”, del que destaca el otorgamiento del plazo de un mes –desde el día siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley; entrada en vigor que tuvo lugar el domingo 7 de septiembre de 2014, día inhábil a efectos procesales– para formular recurso de apelación a aquellos ejecutados que hubiesen obtenido un auto desestimatorio conforme al art. 695.4 LEC en procedimientos de ejecución que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente.

Cabría cuestionar si este plazo preclusivo de un mes, computado en los indicados términos, con un grado muy elevado de incertidumbre jurídica, se opone a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE; al igual que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Martorell ha cuestionado, en relación con la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, de Protección al Deudor Hipotecario, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, si los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión se oponen a dicha Disposición por imponer a los consumidores el plazo preclusivo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación de la ley de la que forme parte dicha Disposición en el BOE, para formular oposición sobre la base del supuesto carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de una ejecución hipotecaria en curso. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el reseñado Juzgado español que ha dado lugar al asunto C-8/14 (aún pendiente de resolver), que el Sr. Maciej Szpunar (Abogado General) propone sea resuelta en los siguientes términos: «A la luz del principio de efectividad, los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se oponen a una disposición nacional transitoria, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores un plazo preclusivo de un mes, a contar desde el día siguiente al de la publicación de la ley de la que forme parte dicha disposición, para formular oposición sobre la base del carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en curso» (véanse sus Conclusiones, presentadas el 13 de mayo del presente año).

Fundamentales de la Unión Europea⁹⁴ (apartado 48 de tal Sentencia e, insistiendo en ello, el apartado 49). Desde nuestro punto de vista, la doctrina del TJUE y, con ello, las exigencias de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, limita su aplicación, como derecho, al tratamiento igualitario de las distintas partes de un mismo proceso, y muy especialmente si una de ellas es un consumidor, sin que dicha tutela judicial efectiva constituya un mandato dirigido al legislador que necesariamente implique articular los distintos procedimientos judiciales con los mismos recursos. Y de ahí que el TJUE haya advertido que “dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra” (apartado 50).

3ª) Lo que en nuestra opinión desde luego ya no es tan loable de la reforma operada es que el legislador, por segunda vez, haya hecho caso omiso de lo advertido por el Tribunal de Justicia en otra Sentencia (en concreto, la STJUE, 1ª, 14.6.2012 [TJCE 2012\143], dictada en el asunto C-618/10), igualmente importante, que deriva de una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español⁹⁵. Nos referimos a que ni la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni el posterior Real Decreto-ley 11/2014, hayan reformado el procedimiento monitorio regulado en los arts. 812 y ss. de la LEC posibilitando el control jurisdiccional *a limine litis* de cláusulas abusivas contenidas en el documento que acredita la deuda y fundamenta el juicio monitorio ex art. 812 LEC. Ante tal silencio, y hasta que no sea tramitado y aprobado como ley el reciente Proyecto de Ley de reforma de la LEC, de 27 de febrero de 2015, que afronta esta necesaria reforma⁹⁶, “el Secretario Judicial podría dar traslado de la solicitud al órgano jurisdiccional competente para que se pronunciase sobre la abusividad de dichas cláusulas, previa audiencia de las partes en cinco días, haciendo

⁹⁴ En este sentido, Vicente PÉREZ DAUDÍ (2014, p. 14).

⁹⁵ Concluye esta Sentencia lo siguiente:

“1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

⁹⁶ Como pergeña el apartado IV de la Exposición de Motivos, “se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al Juez, previamente a que el Secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras la celebración de una vista con citación de ambas partes, resolver lo procedente, como exige la normativa europea”.

una interpretación extensiva de lo contenido en el introducido párrafo 2º del art. 552.1 LEC⁹⁷.

4ª) Si antes hemos dicho que tanto de la STJUE, 1ª, 14.3.2013 (TJCE 2013\89) como del ATJUE, 1ª, 14.11.2013 (Sr. A. Tizzano) cabe inferir o desprenderse una doble opción para el legislador español, a la luz de la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106) podría llegar a defenderse la necesaria complementariedad y entenderse que nuestro legislador cumpliría con la doctrina europea cuando también articulara la posibilidad de adoptar como medida cautelar la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria mientras se sustancia el proceso declarativo oportuno iniciado posteriormente al de ejecución para apreciar y pronunciarse sobre el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales que han fundamentado aquélla. Ello porque:

4.1. Fíjese que en esta última Sentencia, disponiendo el TJUE de la oportuna documentación sobre el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria (incluyendo el posible motivo de oposición añadido en el art. 695.1.4º por la Ley 1/2013), afirma en su apartado 43 que “habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia –como sucede en el litigio principal–, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble”. Como se ve, el mismo TJUE habla de un posible y, a lo sumo, “examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda” efectuado por el juez ejecutor y de la posible tutela que el consumidor ejecutado podría obtener en un proceso civil declarativo posterior. No parece, pues, que haga incompatibles ambos controles de las cláusulas abusivas.

⁹⁷ Yolanda DE LUCCHI LOPEZ-TAPIA y José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (2013, p. 4).

4.2. Y si esto es así, ¿cuáles podrían ser las medidas pertinentes para permitir la suspensión de la ejecución hipotecaria? Aunque el Tribunal de Justicia se refiere a medidas cautelares, no necesariamente debe entenderse en sentido estricto o técnico de nuestra LEC, de forma que nuestro legislador cumpliría con la doctrina europea articulando dicha medida de suspensión, pese a que no se configure como una medida cautelar regulada por los arts. 721 y ss. de la LEC. Así, el legislador español podría optar por lo siguiente:

- Incluir expresamente esta medida entre las recogidas en el art. 727 LEC o en un precepto *bis* independiente, permitiendo incluso su adopción de oficio⁹⁸. Aunque a priori cabría plantear la solicitud de esta medida cautelar al amparo del art. 727.11^a LEC, admitirla sería de dudosa legalidad considerando que del ya citado art. 698.2 LEC se desprende que la única medida cautelar permitida por dicho precepto consiste en retener todo o parte de la cantidad que debe entregarse al acreedor en virtud de la ejecución hipotecaria.

- Pero, en lugar de ello, podría el legislador español permitir expresamente la suspensión del proceso ejecutivo por el propio órgano judicial que esté conociendo de la ejecución hipotecaria por prejudicialidad civil. Aunque a priori cabría plantear esta posibilidad ex art. 43⁹⁹ LEC, interpretación sin duda *pro consumatore*, sería de dudosa legalidad considerando que del art. 697 LEC se desprende que fuera de los casos en que se formule oposición a la ejecución hipotecaria o se admita la demanda de tercería de dominio, los procedimientos de ejecución hipotecaria, “sólo se suspenderán por prejudicialidad penal” (pero no, por tanto, por prejudicialidad civil).

Por ello, y en aras de salvaguardar la seguridad jurídica constitucionalmente reconocida (art. 9.3 CE), ya sea esta medida cautelar, ya sea esta prejudicialidad civil, debería permitirse expresamente por el legislador español. Y, nótese, que parece desprenderse de la doctrina sentada en la STJUE, 1^a, 17.7.2014 (TJCE 2014\106) que dicha medida debería estar prevista en relación con todo procedimiento ejecutivo, y no sólo con el hipotecario (véase el

⁹⁸ Aunque no han faltado las voces que defienden que esta medida cautelar debe reservarse para aquellos casos más graves en que las cláusulas abusivas controvertidas sean determinantes de la ejecución y su no adopción pueda causar un daño irreparable, como cuando está en juego la pérdida de la vivienda habitual del ejecutado (véase Vicente PÉREZ DAUDÍ [2014 p. 17]). Según este autor, en otros casos, deberían adoptarse medidas cautelares menos agresivas, como son la anotación preventiva de la demanda y la retención de las cantidades obtenidas por la subasta.

⁹⁹ Dispone este artículo, sobre “prejudicialidad civil”, lo siguiente:

“Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación”.

apartado 25¹⁰⁰), por lo que también habría que introducir las normas pertinentes en la LEC en sede del procedimiento ordinario de ejecución.

4.3. Pero, entonces, si para dar cumplimiento a la STJUE, 1ª, 17.7.2014 (TJCE 2014\106) nuestro legislador también debe posibilitar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, ¿por qué no se ha articulado esta segunda medida complementaria (de suspensión) haciendo uso del Real Decreto-Ley? Quizá no lo haya hecho el legislador español por entender que, ahora ya, una vez iniciado el proceso ejecutivo, no cabe iniciar otro declarativo para alegar la existencia de cláusulas abusivas. Decimos esto porque, tal y como postula el art. 695.4.2º LEC, “fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”; de lo que podría desprenderse *a contrario sensu* que, cuando sea posible impugnar el auto judicial que estime o desestime la oposición (como sabemos ahora sucede -tras la reforma operada por el Real Decreto-ley- con respecto al consumidor, que puede apelar la resolución defendiendo el carácter abusivo de la cláusula), tendría efectos de cosa juzgada material y no simple valor *incidenter tantum*. Pero lo que no ha tenido en cuenta el legislador es que el proceso declarativo sí podría instarse por cualquier tercero con interés legítimo (como es el avalista o tercer poseedor), sujetos que no pueden oponerse a la ejecución por no estar legitimados¹⁰¹.

4.4. Así las cosas, la siguiente cuestión que surge inmediatamente es si fijar estos momentos preclusivos para la posible apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contraviene la doctrina del TJUE al interpretar la Directiva 93/13/CEE. Recordemos que el mismo Tribunal ha afirmado (STJUE, 5ª, 21.11.2002 [Sr. P. Jann], dictada en el asunto C-473/00), aunque en relación con un proceso declarativo, que “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”.

Sin embargo, no es menos cierto que el propio tribunal ha pergeñado que el fijar plazos de preclusión no es per se incompatible con la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico europeo confiere a los particulares, recordando que “cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales (sentencia de 14 de diciembre de

¹⁰⁰ A tenor del mismo, “los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

¹⁰¹ Véase Vicente PÉREZ DAUDÍ (2014, págs. 16 y 18).

1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 14)” (apartado 37 de igual STJUE, 5ª, 21.11.2002 [Sr. P. Jann]).

En consecuencia, en este concreto contexto jurídico, ¿la nueva regulación imposibilita o hace excesivamente difícil la aplicación del Derecho europeo? Es difícil responder afirmativamente a esta cuestión si consideramos el posible doble control de cláusulas abusivas y los 10 días –siguientes a la notificación del auto despachando ejecución- de que dispone el consumidor ejecutado, al igual que todo ejecutado en un procedimiento ordinario de ejecución, para oponerse a dicha ejecución. Y de ahí que se haya afirmado que el Derecho no debe amparar una situación que permita en cualquier momento al consumidor ejercitar una acción declarativa tras instarse la correspondiente ejecución y pedir como medida cautelar la suspensión de aquél, “para conseguir mantener durante años la posesión y disfrute de la vivienda hipotecada, sin pagar nada a cambio por ello”¹⁰².

5. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STJUE, 27.6.2000	C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98	Sr. P. Jann	Océano Grupo Editorial, S.A. c. Rocío Murciano Quintero (asunto C-240/98) y Salvat Editores, S.A. c José M. Sánchez Alcón Prades (asunto C-241/98), José Luis Copano Badillo (asunto C-242/98), Mohammed Berroane (asunto C-243/98) y Emilio Viñas Feliú (asunto C-244/98)
STJUE, 5ª, 21.11.2002	C-473/00	Sr. P. Jann	Cofidis, S.A. c. Jean-Louis Fredout (asunto C-473/00)
STJUE, 1ª, 26.10.2006	C-168/05	Sr. J.N. Cunha Rodrigues	Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L. (asunto C-168/05)
STJUE, 1ª, 6.10.2009	C-40/08	Sr. A. Tizzano	Asturcom Telecomunicaciones, S.L. c. Cristina Rodríguez Nogueira (asunto C-40/08)
STJUE, 1ª, 14.6.2012	TJCE 2012\143	Sr. A. Tizzano	Banco Español de Crédito, S.A. c. Joaquín Calderón Camino (asunto C-618/10)
STJUE, 1ª, 14.3.2013	TJCE 2013\89	Sr. A. Tizzano	Mohamed Aziz c. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (asunto C-415/11)
STJUE, 1ª, 30.5.2013	TJCE 2013\145	Sra. M. Berger	Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV (asunto C-488/11)

¹⁰² Julio BANACLOCHE PALAO (2014, p. 7).

ATJUE, 1ª, 14.11.2013	C-537/12 y C-116/13	Sr. A. Tizzano	Banco Popular Español, S.A. c. María Teodolinda Rivas Quichimbo y Wilmar Edgar Cun Pérez (asunto C-537/12) y Banco de Valencia, S.A. c. Joaquín Valldeperas Tortosa y María Ángeles Miret Jaume (asunto C-116/13)
STJUE, 4ª, 30.4.2014	TJCE 2014\105	Sra. A. Prechal	Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt (asunto C-26/13)
STJUE, 1ª, 17.7.2014	TJCE 2014\106	Sr. E. Levits	Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (asunto C-169/14)
STJUE, 9ª, 15.1.2015	TJCE 2015\5	Sr. M. Safjan	Birutė Šiba c. Arūnas Devėnas (asunto C-537/13)
STJUE, 1ª, 21.1.2015	TJCE 2015\4	Sr. E. Levits	Unicaja Banco, S.A. c. José Hidalgo Rueda, Mª del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., Francisco Antonio López Reina, Rosa Mª Hidalgo Vega (asunto C-482/13); y Caixabank, S.A. c. Manuel María Rueda Ledesma (asunto C-484/13), Rosario Mesa Mesa (asunto C-484/13), José Labella Crespo (asunto C-485/13), Rosario Márquez Rodríguez (asunto C-485/13), Rafael Gallardo Salvat (asunto C-485/13), Manuela Márquez Rodríguez (asunto C-485/13), Alberto Galán Luna (asunto C-487/13) y Domingo Galán Luna (asunto C-487/13)
STJUE, 3ª, 12.2. 2015	TJCE 2015\60	Sra. C. Toader	Nóra Baczó y János István Vizsnyiczai c. Raiffeisen Bank Zrt (asunto C-567/13)

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
ATC, Pleno, nº 113, 19.7.2011	RTC 2011\113 AUTO	Desconocido	En el proceso ejecutivo en que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (IBERCAJA) c. parte ejecutada
ATC, Pleno, nº 70, 10.3.2014	RTC 2014\70 AUTO	Desconocido	En el proceso ejecutivo en que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad: Novacaixa Galicia Banco, S.A. c. parte ejecutada

<i>ATC, Pleno, nº 71, 10.3.2014</i>	JUR 2014\1100 83	<i>Desconocido</i>	<i>En el proceso ejecutivo en que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad: Banco Español de Crédito c. parte ejecutada</i>
<i>ATC, Pleno, nº 111, 8.4.2014</i>	JUR 2014\1437 81	<i>Desconocido</i>	<i>En el proceso ejecutivo en que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria c. parte ejecutada</i>
<i>ATC, Pleno, nº 112, 8.4.2014</i>	JUR 2014\1437 82	<i>Desconocido</i>	<i>En el proceso ejecutivo en que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad: Liberbank, S.A. c. parte ejecutada</i>
<i>ATC, Pleno, nº 113, 8.4.2014</i>	JUR 2014\1437 83	<i>Desconocido</i>	<i>Ibercaja Banco, S.A.U. c. parte ejecutada</i>

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
<i>STS, 1ª, 25.5.2009</i>	RJ 2009\3041	<i>Antonio Salas Carceller</i>	<i>Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria, S. A. (Bilca) c. Carruela, S.A.</i>

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
<i>SAP Valencia, Civil Sec. 8ª, 8.7.2013</i>	JUR 2013\2795 17	<i>Sandra Silvana Schuller Ramos</i>	<i>Banco Sygma Hispania c. Dª. Enriqueta</i>
<i>AAP Córdoba, Civil Sec. 1ª, 21.2.2014</i>	JUR 2014\1758 15	<i>Felipe Luis Moreno Gómez</i>	<i>D. Marcos y Dª. Esther c. Caixabank, S.A.</i>
<i>SAP Illes Balears, Civil Sec. 5ª, 12.5.2014</i>	JUR 2014\1692 40	<i>Mateo Lorenzo Ramón Homar</i>	<i>Banco de Santander, S.A. c. Dª. Ascensión</i>
<i>AAP Madrid, Civil Sec. 19ª, 21.5.2014</i>	JUR 2014\1991 90	<i>Mª Victoria Salcedo Ruiz</i>	<i>Caixabank, S.A. c. D. XXX</i>
<i>AAP Madrid, Civil Sec. 8ª, 2.6.2014</i>	AC 2014\1131	<i>Milagros Aparicio Avendaño</i>	<i>Barclays Bank, S.A.U. c. Dª. XXX y D. XXX</i>
<i>SAP Ciudad Real, Civil Sec. 1ª, 13.10.2014</i>	JUR 2014\2609 33	<i>Mª Pilar Astray Chacón</i>	<i>Dª. Sagrario y D. Jose Carlos c. Unicaja Banco SAU</i>
<i>SAP Barcelona, Civil Sec. 16ª, 6.5.2015</i>	JUR 2015\1601 86	<i>Federico Holgado Madruga</i>	<i>Banco Bilbao Vizcaya, S.A. c. D. Eloy</i>

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AJPI nº 20 de Barcelona, 15.1. 2014	<i>JUR</i> 2014\1964 99	Rocío Ortega Atienza	Cierta entidad bancaria ejecutante c. ejecutados
AJPIEI nº 5 de Cáceres, 23.1. 2015	Recurso nº 136/2014	Joaquín González Casso	Banco Santander, S.A. c. D/ña. Jesús, Landelino y Lorena

6. Bibliografía

Luis Genaro ALFARO VALVERDE (2014), "El proceso europeo de escasa cuantía. Problemas y soluciones de su regulación", *Diario la Ley*, nº 8289, págs. 4-18.

Julio BANACLOCHE PALAO (2014), "Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria", *Diario la Ley*, nº 8312, págs. 1-7.

Silvia BARONA VILAR (2013), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ángel CARRASCO PERERA (2013), "La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal de control sobre las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, págs. 1-4 (disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, consultada en marzo de 2014).

Encarnación CORDERO LOBATO (2013), "Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5, págs. 26-34, (disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/52/showToc>, consultada en junio de 2014).

--- (2015), "¿Cabe oponerse a la ejecución hipotecaria por la falta de transparencia de una cláusula suelo? Si prospera, ¿continúa la ejecución por la cifra recalculada o procede el sobreseimiento? (Auto AP Barcelona, Secc. 17ª, de 4 octubre 2014)", *Centro de Estudios CESCO*, Notas jurisprudenciales, publicado el 13 febrero de 2015, págs. 1-5 (disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Encarna-Cordero-Cabe-oponerse-a-la-ejecuci%C3%B3n-hipotecaria-por-falta-de-transparencia.pdf>, consultada en febrero de 2015).

Yolanda DE LUCCHI LOPEZ-TAPIA y José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (2013), "Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 31, págs. 1-44.

Lidia DOMÍNGUEZ RUIZ (2015), "El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 35, págs. 1-26.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2008), "Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía", *Ius et Praxis*, nº 1 (disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100007, consultada en febrero de 2015).

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2008), "La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero", *Diario La Ley*, nº 6905 (edición electrónica: diariolaley.es, consultada en junio de 2008).

José MARTÍN PASTOR (2013), "La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social", *Diario La Ley*, Sección Documento on-line, nº 8085, 17 mayo 2013.

Elena MARTÍNEZ GARCÍA (2012), "Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea", en Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Silvia BARONA VILAR y Pía CALDERÓN CUADRADO (Coordinadores), *El Derecho Procesal del siglo XX a golpe de tango, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar el LXX cumpleaños de Juan Montero Aroca*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1317-1336.

Diana MARCOS FRANCISCO (2010), *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

--- (2011), *El convenio arbitral de consumo y su control*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

--- (2013), "Las Online Dispute Resolution en materia de consumo en la Unión Europea", en Carmen FERNÁNDEZ CANALES (Coordinadora) y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (Director), *Estudios sobre Justicia online*, Comares, págs. 23-42.

--- (2014), "Comentario al artículo 35. Reclamación extrajudicial", en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (Director), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, págs. 1203-1248.

Juan MONTERO AROCA (2014a), "Lección Decimocuarta", en Juan MONTERO AROCA, Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Silvia BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 22ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 255-271.

--- (2014), "Lección Vigésima", en Juan MONTERO AROCA, Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Silvia BARONA VILAR, y Pía CALDERÓN CUADRADO, *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 22ª Ed., págs. 429-448.

Ana MONTESINOS GARCÍA (2011), *El tratamiento procesal de las reclamaciones de escasa cuantía en Europa y Estados Unidos*, Aranzadi.

Virginia PARDO IRANZO (2012), "La especial protección de los consumidores por la Directiva 93/13/CEE: el control judicial de la nulidad de la cláusula arbitral", en Andrés de la OLIVA SANTOS y Pía CALDERÓN CUADRADO (Directores), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 485-510.

--- (2014), *La ejecución del acuerdo de mediación*, Aranzadi.

María Pilar PERALES VISCASILLAS (2014), "Los convenios arbitrales con los consumidores (la modificación del art. 57.4 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo)", *La Ley Mercantil*, nº 7, págs. 22-37.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2014), "Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior", *Diario La Ley*, nº 8391, 3 octubre 2014, págs. 9-18.

Andrea PLANCHADELL GARGALLO (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia.