

SOBRE EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE EJECUCIÓN NOTARIAL DE LA HIPOTECA*

Ángel Carrasco Perera

Centro de Estudios de Consumo

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Una vez y otra, y de esto hace ya años, penden sobre la norma legal de ejecución notarial de la hipoteca sucesivos ataques de validez. Por primera vez afronta el TS el problema de si una cláusula que permite el acceso a esta ejecución extrajudicial puede considerarse no transparente o abusiva.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, ejecución notarial.

Title: About the control of unfair terms of the notarial foreclosure clause

Abstract: Once and again, and of this years ago, fall on the legal norm of notarial foreclosure successive attacks of validity. For the first time the Supreme Court faces the question whether a clause allowing access to this extrajudicial foreclosure may be considered non-transparent or an unfair term.

Keywords: Unfair terms, notarial foreclosure.

SUMARIO. 1. La STS de 14 de julio de 2016. 2. Comentario.

1. La STS de 14 de julio de 2016

En la STS 14 julio 2016 se discute sobre la nulidad por abusiva de una cláusula hipotecaria que, conforme al artículo 129 LH, permite que el acreedor recurra al procedimiento extrajudicial de ejecución.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

El texto de la estipulación 11ª de la escritura es el siguiente: «Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

- a) Los valores en que se tasan las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior.
- b) El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior».

El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la referida estipulación 11ª. Entiende que se trata de una condición general, predispuesta por el banco en un contrato con un consumidor, de carácter abusivo. En este sentido, remarca que resulta de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en interpretación de la Directiva 93/13. La sentencia entiende que la cláusula objeto de enjuiciamiento provoca un desequilibrio entre las partes, pues el predisponente obliga al adherente consumidor a acudir a un procedimiento legal que supone una merma de sus derechos y le ocasiona un perjuicio injustificado. Y justifica este desequilibrio con las siguientes razones: i) la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH, en su regulación anterior a la Ley 1/2013, constituye un medio para eludir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE; ii) la suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz), de ver suspendido su procedimiento en el mismo momento en el que se plantea el debate del control de contenido.

La Audiencia confirma. Razona que la cláusula no pasa el control de transparencia y tampoco el de contenido. Respecto del control de transparencia afirma: «no consta el menor indicio de que se advirtiese expresamente a los consumidores de que con esta estipulación 11 se permitía a la acreedora acudir al procedimiento de ejecución más expeditivo de la legislación vigente, con práctica inexistencia en la normativa entonces vigente de toda posibilidad de que el prestatario consumidor pudiese alegar en dicho procedimiento objeción o excepción alguna, tales como cláusulas abusivas e incluso error en la cuantía reclamada, de modo que la única opción que le queda es interponer un procedimiento declarativo ordinario, el cual, además, tampoco suspendía la ejecución, y, como anteriormente se ha reseñado, permitía una subasta sin un tipo mínimo (situación modificada a inicios de 2.012) y tampoco le permitía rehabilitar el contrato. No consta ni se ha aportado prueba de que a los consumidores se les hiciera comprensible de alguna manera de la importancia de esta cláusula en el desarrollo del contrato, con ausencia de prueba sobre una información clara y comprensible de este procedimiento al que facultan acudir al acreedor mediante una condición general de la contratación, y que sin tal autorización no podría utilizar. Podrá especularse sobre si los consumidores

podieron asesorarse previamente y conocer los pormenores de este tipo específico de procedimiento, pero en todo caso se trata de una condición general contenida en un contrato de adhesión, que regula el procedimiento más rápido para la ejecución de un bien con garantía hipotecaria y con las notables limitaciones antedichas, todo ello sin que conste que a los consumidores antes de contratar se les advirtiese expresamente de ellas y de los muy escasos derechos que correspondían al consumidor en caso de impago en el caso de que la acreedora hiciese uso de la facultad de acudir al procedimiento. Es difícil determinar si los acreedores hubieron accedido a contratar y consentir dicha cláusula, pero lo que es evidente es que no fueron informados de las escasas garantías que este procedimiento permitía a los consumidores, y que es la ejecución más rápida posible. No consta que en el supuesto enjuiciado, por los motivos que fueren, interesase al consumidor una ejecución rápida».

Aunque este extremo no va a ser relevante en la estimación del recurso del banco, según el TS aplica la Audiencia indebidamente el control de transparencia a una cláusula que no define el objeto principal del contrato, cuando el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, imponen estas exigencias de comprensibilidad real sólo respecto a este tipo de cláusulas en las que no se puede realizar un control de contenido. Este procedimiento de control no es admisible respecto de las cláusulas que no definen el objeto del contrato, como es el caso. El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato. Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

El TS estimará el motivo de fondo del banco por otra razón. La estipulación 11ª no puede ser de suyo una cláusula abusiva sino en la medida en que la ausencia de control judicial directo permita seguir adelante con la ejecución sobre la base de cláusulas abusivas. Pero el actor no ha denunciado ninguna cláusula material de la hipoteca como abusiva. Cuando se interpuso la demanda estaba a punto de concluir la venta y adjudicación del bien garantizado, lo que ocurrió antes de que se proveyera la demanda. La demanda no indicaba qué concretas cláusulas consideraba abusivas, respecto de las que, de haber tenido un cauce procesal adecuado, hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución, como ocurrió en el caso Aziz que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 14 de marzo de 2013. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. Así, la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kurnikova). La STJUE de 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár) concluye que «no puede considerarse opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor sólo pueda invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si ejercita una acción judicial. De hecho, la

tutela judicial efectiva que garantiza la Directiva 93/13 se basa en la premisa de que los tribunales nacionales conozcan previamente del asunto a instancia de una de las partes del contrato». En el caso que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kurnikova), el Tribunal de Justicia entendió suficiente que la normativa aplicable previera que la venta extrajudicial podía ser impugnada en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la ejecución de la garantía y, además, que cabía ejercitar la acción de nulidad de la subasta en el plazo de tres meses desde la adjudicación.

A diferencia de lo que ocurría en su formulación inicial, aplicable a la ejecución del caso presente, la redacción actual del art. 129 LH (tras las modificaciones introducidas por Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la Ley 19/2015, de 13 de julio) dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución. Según la versión vigente, el notario suspenderá el procedimiento cuando se acredite que el consumidor ha impugnado judicialmente una cláusula. En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo que el Tribunal de Justicia encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13 [STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C- 34/13, Kurnikova)], debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el art. 129 LH, y por ello sería negativo. Mientras que en las ejecuciones abiertas bajo el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio art. 129 LH.

En el presente caso nos encontramos con que sólo se pide la nulidad de la estipulación 11ª, y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida. Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces. Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer. Por eso, en nuestro caso como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido

invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.

2. Comentario

Antes de la reforma introducida por la Ley 1/2013, la eclosión de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Aziz) provocó que los tribunales de instancia, mientras no se modificara la normativa procesal para regular el procedimiento, aplicaran no sólo el control de oficio sino que también permitieran la oposición a la ejecución hipotecaria por el carácter abusivo de algunas de las cláusulas que tuviera incidencia en dicha ejecución o la adopción de medidas cautelares en el procedimiento declarativo en el que se interesara la nulidad de la cláusula. Esta situación de interpretación judicial de la norma procesal de conformidad con las exigencias de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas se regularizó, legislativamente hablando, con la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Es decir, de hecho no podría haberse anulado el art. 129 LH (primera versión) ni ninguna otra cláusula material, porque existía "disponible" después de la sentencia Aziz una vía de acceso judicial, en el sentido requerido por la STJUE Kurnikova.

Obsérvese que según la STS la cláusula de ejecución notarial no puede ser impugnada nunca en exclusividad, ni siquiera cuando la oposición del deudor se insta antes de la demanda de ejecución judicial, porque habrá que alegar junto a ella la nulidad de una cláusula material (*v.gr.* intereses, vencimiento anticipado). En otras palabras, la cláusula de ejecución extrajudicial, como otras, es una metacláusula, que por eso mismo no puede incurrir en abusividad material.

Lo cierto, con todo, es que, por más que hayan hecho las reformas legales, no es nunca igual el control que se practica en ejecución judicial y extrajudicial, ya que en éste no procede nunca control de oficio por parte del órgano ejecutor. Además, en el procedimiento extrajudicial, el consumidor que quiera combatir la cláusula ha de actuar como demandante ante la jurisdicción civil, mientras que en vía judicial le basta articular la oposición del art. 695 LEC.

¿Por qué no se confía en el notario para que realice un control *prima facie* de abusividad de cláusulas? La propuesta no es ya inusual, porque la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha introducido expedientes de jurisdicción notarial en los que al fedatario se le reconocen competencias de resolución ponderativa *prima facie* de controversias. Por ejemplo, en la nueva versión del procedimiento divisorio hereditario del art. 1057 CC.