

## **JORNADAS de PRIMEROS DESTINOS**

### **LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN PRIMERA INSTANCIA: CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONTROL DE OFICIO POR EL TRIBUNAL Y LÍNEAS JURISPRUDENCIALES RECIENTES EN MATERIA HIPOTECARIA.**

#### **I. Introducción**

- La protección del consumidor y usuario es una de las materias jurídico-civiles que ha sido objeto de mayor evolución y regulación en los últimos veinte años. Sobre la base de la primitiva Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, resulta paradigmática de ese refuerzo normativo la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores.

- El fundamento de la necesidad de regular expresamente la protección del consumidor es la posición más débil que ostenta en la contratación, y la evidencia de situaciones abusivas sucedidas en la práctica, en forma de términos poco claros y comprensibles, contratos de adhesión sin negociación de sus cláusulas y minoración abusiva de los derechos esenciales en el contrato.

- Ese refuerzo normativo, sin embargo, se ha producido únicamente en el derecho sustantivo, pero no ha tenido un reflejo específico en el derecho procesal. Así, la Directiva Comunitaria 93/13 fue objeto de transposición al derecho nacional con la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que modificó el tenor originario del la LGDCU. Posteriormente fue dictada la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Finalmente se ha dictado el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General

para la defensa de consumidores y usuarios, y más recientemente la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores.

- En el ámbito del derecho procesal ha sido principalmente por vía jurisprudencial como se ha ido plasmando esa evolución en la protección del consumidor. Uno de los elementos decisivos al respecto es el de la apreciación de oficio por el Juez del carácter abusivo de las cláusulas firmadas con los consumidores y su compatibilidad con los principios básicos del proceso civil de aportación de parte y dispositivo, sobre todo porque en esta materia resulta relativamente habitual que el consumidor demandado permanezca en rebeldía procesal.

## **II. Cuestiones generales**

### **1. ¿Es posible la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en materia de protección al consumidor?**

La apreciación de oficio por el Juez de la abusividad de cláusulas suscritas con los consumidores no sólo es perfectamente posible en el proceso civil, sino que es un deber inherente a la función jurisdiccional, tal y como tiene señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y ello en cualquier clase de procedimiento y en cualquier momento procesal. La Sentencia del citado tribunal europeo de 4 de junio de 2009 decide que *“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 una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”*; que *“el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”*<sup>1</sup>.

El motivo de tal deber de apreciación de oficio es hacer real y efectiva la previsión del art. 6 de la Directiva 93/13, según el cual 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.

---

<sup>1</sup> En igual sentido, entre otras muchas, SSTJCE de 26 de octubre de 2006, asunto Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium SL; Sentencia de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores; Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto Cofidis; ó Sentencia de 17 de diciembre de 2009 asunto Martín Martín.

## **2. ¿Esa apreciación de oficio resulta compatible con los principios dispositivo y de aportación de parte?**

Para analizar la abusividad de una cláusula contractual en contrato firmado con los consumidores no es necesario que así haya sido expresamente alegado por la parte en el debate procesal. Y ello por razón de que la apreciación de oficio de la nulidad radical de una condición general es conforme con el principio constitucional de defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, mediante “procedimientos eficaces”, que impone a los poderes públicos, incluido por tanto el judicial, el art. 51.1 de la Constitución, ejerciendo así el Juez el papel institucional de reequilibrio entre las partes (en palabras de la SAP León de 23 de enero de 2011).

También cabe fundamentar al respecto que el carácter abusivo de una cláusula contractual para el consumidor integra una cuestión que, por afectar al interés público y suponer, conforme a lo dispuesto en el art. 6.1 del Cc, la infracción de una norma imperativa -la que prohíbe la inserción de ese tipo de cláusulas en los contratos con consumidores-, cabe la apreciación de oficio sin vulnerar el principio de justicia rogada propio de la jurisdicción civil<sup>2</sup>.

Igualmente cabe sustentar esta interpretación en el hecho de que la consideración de este tipo de cláusulas como abusiva implica la declaración de su nulidad, y la nulidad es en todo caso susceptible de apreciación de oficio<sup>3</sup>.

A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional ha admitido que no causa indefensión la aplicación ope legis de las instituciones que el Juez considere que son de carácter imperativo, las cuales no se encuentran sometidas a la rogación de las partes (STC 238/1993, de 12 de julio).

## **3. ¿En qué momento del procedimiento cabe efectuar esa apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual?**

Como antes se ha indicado el TJCE entiende apreciable el carácter abusivo de una cláusula “en cualquier momento procesal en que se presente la disponibilidad de elementos necesarios para ello”. Por lo tanto resultará factible dicha apreciación de oficio en cualquier tipo de procedimiento, tanto declarativo ordinario como declarativo especial como de ejecución; y no sólo en sentencia sino en cualquier fase o trámite procesal del mismo, siempre que se trate de algún trámite procesal en el que concurra intervención del Juez.

---

<sup>2</sup> Criterio expresado en Auto AP Tenerife de 15 de septiembre de 2008; AP Lleida de 12 y de 22 de mayo de 2009.

<sup>3</sup> Criterio empleado en SSAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 14 de julio de 2003; AP de Tarragona, Sección 3ª, de 13 de enero de 2003; ó AP de Córdoba, Sección 3ª, de 4 de mayo de 2001.

### **III. Juicio Monitorio**

#### **4. Juicio Monitorio. ¿Cómo cabe articular la apreciación de oficio de cláusulas abusivas *ad limine litis* cuando la admisión a trámite de la demanda corresponde al Secretario?**

En principio el art. 815 de la LEC faculta al Secretario Judicial para efectuar la valoración inicial de que los documentos presentados con la petición cumplan los requisitos del art. 812.2 o constituyan un principio de prueba del derecho del demandante. Parece que sólo en el caso de que el Secretario, según su criterio, estime que no se cumplen esos condicionantes dará cuenta al Juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial.

La primera solución práctica ante tal regulación sería que el Secretario de nuestro Juzgado comparta el mismo criterio que nosotros, en cuanto al necesario control de oficio de la abusividad de las cláusulas con consumidores. Conviene dialogar con el Secretario, exponerle las razones y argumentos que existen para ello, y acercar posiciones.

La segunda situación que puede darse es que el Secretario no comparta criterio o que, aun explicándosele, tenga el criterio de que haya de ser el demandado quien en su caso se oponga. En tales casos no se habrá perdido, en cualquier caso, la facultad de apreciación de oficio de la eventual abusividad, pues como ya se ha expuesto ésta cabe en cualquier tipo de procedimiento en cuanto el Juez disponga de datos para ello. En la hipótesis planteada, tras la admisión por el Secretario y el requerimiento de pago el Juez podrá entrar de oficio si hay oposición, en el juicio declarativo ordinario que se despliegue; o si no hay oposición en la ejecución forzosa que continúe. En este último caso el auto despachando ejecución representa el primer trámite procesal en el que el Juez pasa a tener conocimiento del asunto, y por tanto es un momento absolutamente válido para revisar la abusividad de una cláusula contractual y en su caso declararla nula y sin efecto, ajustando en consecuencia la cantidad por la que se despache ejecución. Aparentemente es una solución poco operativa, y es posible que en la práctica diaria termine por forzar un cambio de criterio del Secretario.

#### **5. Juicio Monitorio. ¿Cómo se articula la apreciación de oficio de abusividad?**

En todo caso siempre resultará factible un auto cuyo objeto y parte dispositiva sea la expresa declaración de nulidad por abusividad de una cláusula contractual con

consumidores. En cualquier caso la actual redacción del art. 815.3 de la LEC<sup>4</sup> representa un útil instrumento a través del cual hacer viable esta facultad. El supuesto más frecuente que nos vamos a encontrar es la reclamación de saldos impagados en contratos de préstamo o tarjetas de crédito. Las liquidaciones que presentan las propias entidades acreedoras<sup>5</sup> incluyen conceptos como intereses moratorios, gastos de gestión o primas por suscripción de seguro que son susceptibles de incurrir en nulidad.

Entiendo que ante el traslado que nos hace el Secretario es factible posibilitar al demandante para que ajuste la cuantía, con carácter previo a declarar directamente nula la cláusula y proponerle ex art. 815.3 otro importe. En este sentido cabe un requerimiento previo mediante providencia del siguiente tenor: “advertido que la cantidad reclamada en concepto de intereses moratorios resultaría inexigible, por derivar de una cláusula nula por abusiva para el consumidor, requiérase a la parte demandante para que en plazo de 5 días ajuste el importe de esa reclamación al máximo legalmente admisible”.

En caso de que obvien nuestro requerimiento, procede dictar directamente un auto en el que declaremos expresamente la nulidad de la cláusula en cuestión y al mismo tiempo propongamos al acreedor la cuantía alternativa resultante de dicha anulación. Con ello no sólo hacemos efectivo el deber de control de la abusividad de las cláusulas sino que al mismo tiempo facilitamos la viabilidad y operatividad de la reclamación conforme al cauce expresamente determinado por el art. 815.3: es evidente que no es correcta (ni siquiera es vencida ni exigible) una cuantía que deriva de una cláusula nula.

## **6. Juicio Monitorio. El supuesto concreto de los intereses moratorios.**

---

<sup>4</sup> Art. 815.3 LEC: “Si de la documentación aportada con la petición se desprende que la cantidad reclamada no es correcta, el secretario judicial dará traslado al juez, quien, en su caso, mediante auto podrá plantear al peticionario aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por el importe inferior al inicialmente solicitado que especifique”.

<sup>5</sup> Por si solas son un documento insuficiente, al no cumplir ninguno de los supuestos del art. 812.2 LEC (no están firmadas por el deudor y no son los documentos que habitualmente documentan préstamos), por lo que es aconsejable exigir siempre al demandante que acredite suficientemente un “principio de prueba” del derecho que reclama (art. 815) mediante la aportación del contrato.

El juicio monitorio presenta unos condicionantes especiales que obligan a una marcada rigurosidad para hacer viable su cauce: a) se trata de un procedimiento especial que proporciona el acceso a un proceso de ejecución, mediante la invocación de un derecho de crédito amparado incluso en meros documentos privados creados unilateralmente por el acreedor, facilitando la creación del título ejecutivo pero no a partir de una declaración judicial del crédito en una resolución, sino como consecuencia de la desatención de un requerimiento de pago del demandado; y b) supone una inversión de principios procesales propios de los juicios declarativos, según los cuales el silencio del demandado es un mero incumplimiento de una carga, presumiéndose que el emplazado o citado se resiste a la pretensión, cuando guarda silencio. Sin embargo, el proceso monitorio se asienta sobre la ficción legal de que el silencio del demandado supone el reconocimiento del crédito, lo que permitirá acceder al proceso de ejecución.

Las autoliquidaciones de deudas derivadas por impago de préstamos o tarjetas de crédito incluyen habitualmente el concepto de “intereses moratorios”, calculados conforme al tipo porcentual previsto en el contrato. Si no se ha aportado inicialmente, resulta conveniente exigir previamente a la parte demandante para que presente además del contrato y de su liquidación, un extracto o detalle de los diferentes conceptos que incluye esta última, a los efectos de que tanto el deudor demandado si se admite a trámite, como nosotros mismos para decidir tal admisión, podamos conocer de manera razonablemente comprensible el origen de la reclamación.

En cuanto al tipo porcentual para los intereses de demora resulta de aplicación analógica el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo (similar al art. 19.5 de la anterior Ley 7/95 de Crédito al Consumo), que señala como tope máximo para los descubiertos en cuenta corriente el tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero<sup>6</sup>. Sobre esta base orientativa, cualquier tipo de interés impuesto al consumidor por encima del 20% cabe ser reputado como abusivo, y eventualmente también en tipos inferiores al 20 pero cercanos al mismo.

El término de referencia útil es el tipo del interés legal del dinero vigente en el año en que se firmó el contrato, porque representa el máximo legal que, orientativamente, podía haberse fijado en el acuerdo entre las partes en esa fecha.

Ante unos intereses que resultasen por lo anterior abusivos, caben en la fase inicial del juicio monitorio dos posibles soluciones: integrar el contrato y recalcular la deuda con un interés equivalente a 2,5 veces el legal del dinero; o bien excluir completamente esa parte pretendida de la deuda, la de intereses moratorios, proponiendo al acreedor la nueva cuantía conforme al art. 815.3 LEC. Considero esta última solución viable si previamente le hemos facultado a la parte para ajustar ella misma la cuantía (a través del requerimiento antes indicado en la pregunta nº 5), y creo que es una solución conforme con el fundamento propio del juicio monitorio: en el ámbito del juicio monitorio solamente tienen cabida las reclamaciones de deudas vencidas y exigibles, caracteres que no cumplirá la deuda pretendida por intereses moratorios que derive de una cláusula inexistente por ser declarada nula. Frente a ello la integración judicial del contrato podría resultar incompatible con los términos que condicionan una reclamación por vía de juicio monitorio pues equivaldría a una determinación judicial de la liquidez de una deuda no en sentencia sino *ad limine litis*. No obstante también cabe reconocer que el art. 83 de la LGDCU invita al Juez que declare la nulidad por abusividad de una cláusula a integrar el contrato con facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes.

## **7. Juicio Monitorio. El supuesto concreto de los gastos de reclamación**

---

<sup>6</sup> Este límite máximo es comúnmente aceptado como referencia por la mayoría de la jurisprudencia menor (entre otras, SSAP Asturias 474/02, 19/05, 73/05 ó SAP Barcelona 385/09) también para préstamos y tarjetas de crédito.

Es también habitual que las entidades financieras incluyan en el desglose de la liquidación de la deuda en préstamos y tarjetas pequeñas cantidades en concepto de “gastos de reclamación”, “gastos por impago” o similares. Cabe declarar la improcedencia y exclusión de tales cuantías (aun sin declarar necesariamente su nulidad por abusividad, sino directamente por la vía del art. 815.3 por incorrección de la cuantía). En primer lugar es imprescindible que el contrato prevea en alguna cláusula la facultad de repercusión de ese tipo de gastos al deudor, pues en caso contrario no concurrirían los requisitos documentales del art. 812.2 LEC. Pero además es exigible al acreedor que reclama por tales gastos que justifique (documentalmente, pues ha optado por reclamarlos a través de monitorio) las actuaciones que ha desplegado para reclamar, las cuales le han generado esos gastos. Así deriva de la regla del Capítulo I – Quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito, según el cual “las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente. No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”.

#### **8. Juicio Monitorio. El supuesto concreto de las primas por suscripción de seguro para caso de impago.**

Igualmente es relativamente frecuente que el demandante incluya una cantidad en concepto de prima de un seguro para caso de impago. Nuevamente el requisito preliminar es que así conste contratado, para que sea admisible su reflejo en la liquidación. Precisamente es la vía por la que muy habitualmente se refleja en el documento esa suscripción del seguro lo que en sí mismo lo hace inviable a los efectos de su reclamación a través de juicio monitorio.

El mecanismo frecuente es que en el contrato aparezca un apartado relativo a “solicitud de adhesión a Seguro de Pagos Protegidos” o similar, en el que aparecerán dos casillas, una aceptando y otra rechazando acogerse al seguro, y el mero marcado de una “X”.

La cantidad liquidada por prima de tal seguro puede ser excluida por la vía del art. 815.3, si no consta -como es lo habitual- aceptación y firma expresa por el consumidor de las condiciones particulares y generales de ese contrato de seguro. La LGDCU y la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación exigen para que las condiciones generales pasen a formar parte del contrato que sean

aceptadas por el adherente y sean firmadas por todos los contratantes, además de exigir que su redacción sea clara, sencilla, concreta y transparente. El art. 7 de la Ley 7/98 dispone que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. A ello se añade la regulación específica contenida en el art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro, que exige que las condiciones generales se incluyan necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario que se suscribirá por el asegurador, a quien deberá entregársele copia del mismo.

Con todo lo anterior resulta razonable argumentar que el mero marcado de un aspa en una casilla que nada más explica que un genérico “acepto” a una “solicitud de adhesión al seguro de pagos protegidos” no alcanza a cumplir las garantías y exigencias ni de la LCS ni de la suscripción de un contrato prerredactado unilateralmente por una de las partes.

## **IV. EJECUCIONES DE TÍTULO NO JUDICIAL**

### **Contextualización:**

Hay que partir del principio general de que, no admitiéndose la justicia privada (salvo en caso de persecución de enjambres de abejas, art. 612 CC, tala de raíces de árboles de otra finca, art. 592 CC, o legítima defensa en derecho penal), hay que acudir a los tribunales para obtener la tutela judicial por intermediación del Estado y que esta respuesta se obtiene habitualmente en dos fases, la declarativa y la ejecutiva. La LEC prevé una excepción a tan estructural principio al regular las ejecuciones de título no judicial, con las que ciertos ciudadanos (privilegiados) pueden acudir directamente al proceso de ejecución, sin declaración judicial previa, a lo que se añade que, si bien se permitirá al ejecutado un cierto ámbito de oposición, la misma se produce ya en sede de ejecución y tiene un alcance muy limitado.

Con esta reflexión quiere apuntarse la extraordinaria importancia de la fase inicial de despacho de la ejecución de título no judicial, en la que el juez debe examinar la concurrencia de los presupuestos y requisitos legalmente exigidos (art. 552 LEC). Como ya se ha visto respecto del monitorio, será determinante la actitud del juez, que puede ser pasiva y limitarse a comprobar el reparto y la competencia territorial, además de cualquier otro requisito legal expreso y evidente (respecto de cualquier otra cuestión “ya se podrá oponer el ejecutado”), o, por el contrario, ser activa y comprobar la corrección y exigibilidad de todos los conceptos que se reclaman.

### **9. Carácter abusivo de los intereses de demora:**



¿Es aplicable en este caso todo lo indicado para el monitorio (y que se da por reproducido)?  
¿Hay algún matiz?; en concreto, ¿implica alguna diferencia el art. 575.2 LEC, según el cual “sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva”?

¿Implica ello que en el monitorio es viable la inadmisión íntegra por este motivo, por ser inexigible parte de la deuda reclamada y preverse un precepto de esta naturaleza, y que por el contrario ello no es viable en la ejecución de título no judicial?

### **10. Intereses variables:**

Cuando la demanda de ejecución se base en un título constitutivo en el que se pacta un interés variable, es de aplicación el art. 574 LEC (“el ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución”) y el art. 575.3 LEC, (“no se despachará ejecución si, en su caso, la demanda ejecutiva no expresase los cálculos a que se refieren los artículos anteriores o a ella no se acompañasen los documentos que estos preceptos exigen”).

¿Consideráis suficiente la mera remisión en el escrito de demanda al documento de liquidación o tiene que concretarse las operaciones en el mismo escrito de demanda, que no debe confundirse con los documentos acompañados a la demanda?

En el segundo caso, ¿se trataría de un defecto subsanable o no subsanable?

### **11. Cláusulas de vencimiento anticipado (duplicidad de intereses)**

En el momento actual de crisis, se trata seguramente de las cláusulas contractuales más aplicadas. A pesar de lo acostumbramos que estamos a aplicarlas, no debemos olvidar su extraña naturaleza. Contratos que están pensados para durar en el tiempo y para que el deudor vaya asumiendo unos pagos en unos plazos razonables, de repente, por el solo hecho de un impago concreto y aislado, deviene exigible la totalidad de la deuda, la que debía abonarse en un plazo más o menos largo. Lógicamente, el deudor no podrá hacer frente a dicho pago, al que además se le sumarán habitualmente unos intereses de demora elevadísimos (y no negociados), que no harán sino aumentar exponencialmente la deuda y hacerla de difícil sino imposible devolución, en función de su volumen.

No se trata de una reflexión sin fundamento alguno, y es de interés, curiosa (e incluso “extraña”) la STS de 27 de marzo de 1999, que consideró que estas cláusulas son nulas. Varias sentencias posteriores del TS han cerrado tal debate en el sentido de admitir este tipo de cláusulas, como se desprende de las STS de 12/12/2008, 4/6/2008, 2/1/2006 ó 3/2/2005 (“en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor [no está obligado] a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código Civil”).

Ello no obstante, la admisión de los efectos jurídicos generales de las cláusulas de vencimiento anticipado no implica necesariamente la admisión jurisdiccional de todas las concretas consecuencias jurídicas que suelen prever las pólizas para el caso de que se produzca el referido vencimiento anticipado. Es decir, hay que diferenciar entre la admisión del vencimiento anticipado en sí mismo y la admisión de las específicas consecuencias jurídicas y económicas que el mismo deba tener, una vez producido un impago parcial, incluso aunque estén expresamente previstas en el contrato.

Es aquí donde debe situarse la cuestión de la posible duplicidad de intereses reclamados: en algunos casos, se reclaman intereses remuneratorios por unos plazos que se declaran anticipadamente vencidos (por lo que no transcurren temporalmente, es decir, en la realidad temporal) y que se solapan con los intereses de demora que al mismo tiempo se reclaman desde que se produce el impago y la mora.

¿Pueden reclamarse juntamente con los intereses de demora los intereses remuneratorios que se habrían previsto contractualmente por plazos no transcurridos pero vencidos anticipadamente?

## **12. Cláusulas de penalización**

¿Es posible en una demanda de ejecución de título no judicial incluir un importe por penalización por incumplimiento, previsto en el contrato, o requiere un proceso declarativo previo, al tratarse de materia equiparable a la indemnizatoria?

¿Puede el juez apreciar en la fase inicial la eventual nulidad de la cláusula de penalización?; ¿sólo en materia de consumo?; en este último caso y en materia que no sea de consumo, ¿es viable, de oficio, la moderación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial, teniendo en cuenta que la jurisprudencia admite el ejercicio de oficio de la facultad judicial del artículo 1.154 CC (*“el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”*)?

## **V. EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

### **13. Motivos de oposición (procesales y de fondo).**

¿Son aplicables a la ejecución hipotecaria, a pesar de los términos del art. 695 LEC (*“sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas”*), los motivos generales de oposición procesal y debe por ello entenderse que este art. se refiere estrictamente a los motivos de oposición de fondo y que en el marco de la ejecución hipotecaria son igualmente aplicables los motivos de oposición procesales generales a toda ejecución, previstos en el art. 559 LEC (carácter o representación, capacidad, nulidad radical del despacho).

#### **14.Demanda contra el fiador personal**

¿Es posible dirigir una demanda de ejecución hipotecaria contra el fiador personal de la obligación personal garantizada, teniendo en cuenta la legitimación pasiva especial prevista en el artículo 685 LEC?

#### **15.Continuación de la ejecución hipotecaria como ordinaria tras la subasta**

Dispone el art. 579 LEC (según la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011), que *“si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”*.

¿Incoamos una nueva ejecución ordinaria?; ¿dictamos un nuevo auto?; ¿hay que dar al ejecutado una nueva oportunidad de oposición pero según las normas de la ejecución ordinaria?; ¿no debía hacerse ya de este modo incluso antes de la reforma?; ¿lo hemos hecho así o simplemente dictábamos una providencia de mero trámite?; ¿en cualquier caso, no hacerlo respeta el derecho de defensa del ejecutado?

¿La ejecución posterior es de título no judicial (el préstamo al que se vincula la hipoteca) o judicial (el decreto de adjudicación)?; ¿afecta la elección que hagamos al ámbito de la oposición del ejecutado (art. 557 LEC o art. 576 LEC, respectivamente)?

Si admitimos que se trata de una ejecución de título no judicial, ¿puede el ejecutado alegar en oposición pluspetición sobre la base del carácter abusivo de los intereses?

#### **16.Insuficiencia del producto de la subasta, valor del bien y dación en pago**

Hay que diferenciar la figura de la dación en pago, que requiere pacto expreso, según la actual normativa (salvo lo que se dirá respecto del código de buenas conductas bancarias), y el concreto sistema procesal de realización del bien en la ejecución hipotecaria.

Según el art. 671 LEC, en la subasta sin postores, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación.

Algunas resoluciones, minoritarias, sin acudir a la institución de la dación en pago (que requiere pacto expreso), no aplican el 60 % del valor de tasación, sino el 100%. En concreto: auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 17 de Octubre del 2003; auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Estella/Lizarrá, de 13 de noviembre de 2009; auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010; auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona n. 44, de 14 de febrero de 2010; y más recientemente, auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, de 16/9/2011.

Se basan en la doctrina del abuso de derecho, de los actos propios y del enriquecimiento injusto. El auto de la AP de Girona añade una referencia a la normativa de protección de consumidores y usuarios.

¿Os parece sostenible este tipo de interpretación?; ¿es compatible con el art. 671 LEC?

Aunque pueda parecer clara la respuesta negativa, si acudimos a otras resoluciones recientes, dictadas no en el marco del proceso de ejecución hipotecaria, sino en el marco de la ejecución ordinaria posterior, tras la oposición a la ejecución, ya no parece tan clara la cuestión.

Se trata de un auto de la AP de Córdoba y otro del juzgado de Primera Instancia 1 de Mataró, en los que cambia la perspectiva: no se tiene en cuenta sólo el juego de los arts. 671 y 579 LEC para concluir, construyendo una categoría jurídica no prevista en ellos, que el producto es el valor real y que el 60 % es un valor nominal; por el contrario, en este último caso el juez despachó la ejecución ordinaria posterior, se formuló oposición a la ejecución ordinaria y en su marco es donde se analizan no sólo los actos anteriores (tasación en la escritura, a efectos de subasta, que es la que determina el 671LEC), sino también los posteriores (aquí está la clave): se constató que la ejecutante, una vez adquirido el inmueble, ha podido valorar el bien en su activo por el 100% del valor de tasación.

Lógicamente, subsiste el argumento de que el valor de la adjudicación puede ser inmutable y no le afectan los actos jurídicos posteriores, pero obsérvese que en este caso no es un acto jurídico dispositivo (como una venta), sino el propio acto del ejecutante al valorar en su activo el bien, inmediatamente después de la adjudicación en subasta, a pesar de lo cual mantiene su pretensión ejecutiva ordinaria. Si ello se pone en relación con el art. 570 LEC (terminación de la ejecución sólo con la completa satisfacción del ejecutante) y vemos que este precepto no exige que esta satisfacción se produzca necesariamente en el marco del proceso de ejecución, quizá la cuestión ya no es tan clara.

¿Os parece sostenible esta interpretación?; ¿más al menos que las anteriores?

Recientemente el Juzgado de Primera Instancia 8 de Valladolid ha decidido en un sentido similar, pero al resolver un recurso de revisión contra el decreto que acordó la continuación de la ejecución, y teniendo en cuenta el hecho de haber puesto el banco a la venta el inmueble por un precio superior.

¿Os parece convincente esta interpretación?

## **17. Reflexión final sobre el código de buenas conductas bancarias.**

### **VI: Plusvalías**

## **18.Plusvalías. ¿Qué incidencia puede tener la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios?**

La Ley 44/2006 modificó la LGDCU de 1984 incluyendo dentro de la enumeración expresa de los supuestos de estipulaciones que en todo caso se considerarán cláusulas abusivas, supuestos fijados en la disposición adicional primera de la LGDCU, la imposición al consumidor de los gastos que por ley correspondan al profesional, y en particular en la compraventa de viviendas la imposición del pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional.

En la práctica comercial era hasta entonces frecuente que las entidades promotoras incluyesen en el contrato de compraventa una cláusula en virtud de la cual se repercutían al consumidor comprador de la vivienda todos los gastos, con inclusión expresa del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana -plusvalía-. Sin embargo este impuesto es según el artículo 105 de la Ley 39/88 de Haciendas Locales “un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos -los de naturaleza urbana- y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos”. En buena lógica el art. 107 de la misma Ley señala como sujeto pasivo de este impuesto a la persona física o jurídica transmitente, pues es evidente que es la persona que se ve beneficiada patrimonialmente por la subida de valor del terreno que transmite.

A partir de la modificación operada por la Ley 44/2006, y mantenida en la actual LGDCU de 2007, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Asturias ha venido considerando la nulidad de este tipo de cláusulas contractuales en aquellos contratos suscritos con anterioridad a esa reforma. Obviamente no se trata de una aplicación retroactiva de dicha norma, sino de la declaración de nulidad al amparo del tenor del art. 10 bis de la LGDCU de 1984<sup>7</sup> vigente cuando se firmó el contrato, pero acomodando su interpretación al contexto y a la realidad social del momento de su aplicación (criterios interpretativos establecidos por el art. 3 del Código Civil). El contexto y la realidad social actuales revelan la abusividad de este tipo de pactos “en todo caso”, según las normas legales que actualmente regulan tal contexto y realidad social.

## **19.Plusvalías. Requisitos de la nulidad por abusividad de la cláusula de repercusión de la plusvalía. Sentencia del Tribunal Supremo nº 842/11, de 25 de noviembre.**

Recientemente la Sentencia nº 842/11, de 25 de noviembre, del Tribunal Supremo ha confirmado el criterio anterior, desestimando el recurso de casación de una

---

<sup>7</sup> Art. 10 bis LGDCU 1984 (en redacción dada por la Ley 7/98 de Condiciones Generales): “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”

promotora contra la SAP Asturias que declaró la nulidad de la cláusula de repercusión del pago de la plusvalía al comprador, en un contrato firmado con anterioridad a la Ley 44/2006. El TS recalca la especial relevancia de la normativa de protección al consumidor, por encima de la libertad de pacto del art. 1255 del Código Civil, y ampara la utilización de la Ley 44/2006 no retroactivamente ni con carácter interpretativo, sino como “elemento interpretativo” al margen de la ratio decidendi. Es decir, lo que concluye el TS es que concurre nulidad por abusividad al darse los requisitos del art. 10 bis de la LGDCU de 1984, admitiendo que tal conclusión quede reforzada con el elemento interpretativo de que el contexto y realidad social al aplicar dicha norma evidencian que tal cláusula contractual resulta en todo caso abusiva.

El TS destaca la concurrencia de los tres requisitos determinados en el art. 10 bis para poder declarar abusiva la cláusula, que es lo que determina la nulidad: 1) se trata de una estipulación no negociada sino impuesta, y pese a que los compradores mostraron su discrepancia, sus únicas alternativas eran aceptar la condición o desistir de la compra; 2) la cláusula contraría la buena fe negocial, porque no se brindó al consumidor comprador completa información sino que por el contrario se generaba la duda de cobro del impuesto (mediante la fórmula “si se devengare”); y 3) la cláusula produce un desequilibrio contractual porque carga al comprador con un pago del que es sujeto pasivo el vendedor, que es quien con la transmisión del inmueble obtiene un beneficio económico por el incremento de valor.