

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 14 DE JULIO DE 2016 (483/2016)**

**Abusividad de la cláusula por la que se pacta la venta
extrajudicial del bien hipotecado en caso de impago
de la deuda garantizada**

Comentario a cargo de:
VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD
Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE 2016

RoJ: STS 3412/2016 – **ECLI:ES:TS:2016:3412**

ID CENDOJ: 28079119912016100018

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: Fermín y Lorenza contrataron con Banesto un préstamo hipotecario; en garantía de la devolución del capital prestado se constituyó una hipoteca sobre una finca de la propiedad de aquéllos. La estipulación 11ª de la escritura de préstamo hipotecario establecía la posibilidad de que, en caso de impago, pudiera acudir a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH y en los arts. 234 y ss. La deudora hipotecante presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en el que pedía la declaración de nulidad de la estipulación 11ª de la escritura de préstamo hipotecario aduciendo que para convenir la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH no bastaba una condición general de la contratación y que la citada cláusula 11ª conlleva una renuncia del consumidor a determinados derechos que son de *ius cogens* al no permitir, entre otras cosas, que pueda acordarse de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas, ni que pueda ser alegada la abusividad de alguna

cláusula con efecto suspensivo de la ejecución, ni los motivos de oposición previstos en los arts. 695 y 696 LEC.

Según declara el TS en esta sentencia, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª por la que se pacta la ejecución o venta extrajudicial del bien hipotecado, justificándose la concreta merma de protección que tal posibilidad de realización implicaría frente a determinadas cláusulas abusivas, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las concretas cláusulas por abusivas, nulidad frustrada por la estructura procedimental de la venta extrajudicial; al no mencionarse por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas determinadas, no se puede apreciar que haya existido una abusividad real por el solo hecho de pactar el procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5 Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. En cuanto al primer motivo de casación consistente en la infracción del art. 80 de 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. 5.2. En cuanto al segundo motivo de casación, que el TS estima, consistente en la infracción del art. 82.3 de la LCU, en relación con el art. 82.1 del mismo texto. 5. 3. La venta extrajudicial y sus vicisitudes legislativas. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Fermín y Lorenza contrataron con Banesto un préstamo hipotecario el día 31 de enero de 2005. El importe del préstamo era de 240.000 euros. En garantía de la devolución del capital prestado, y de los intereses y las costas, hasta un límite de 360.000 euros, se constituyó una hipoteca sobre la finca urbana sita en Son Ramonell, dentro del término municipal Marratxí, CALLE000 núm. NUM000.

La estipulación 11ª de la escritura de préstamo hipotecario preveía la posibilidad de que, en caso de impago, pudiera acudir a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH y en los arts. 234 y ss RH, entonces vigentes.

El texto de la estipulación 11ª establecía lo 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 tasán 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.

c) La parte hipotecante designa a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación».

En el mes de octubre de 2011, los prestatarios dejaron de pagar las cuotas mensuales.

El 8 de mayo de 2012, Banesto inició los trámites de la venta extrajudicial de la finca hipotecada. El 25 de junio de 2012 se requirió de pago a la Sra. Lorenza y el 18 de julio de 2012 al Sr. Fermín. Transcurridos treinta días desde el requerimiento, el notario anunció la subasta con una antelación de veinte días hábiles.

La subasta se celebró el día 28 de noviembre de 2012. El bien salió a subasta por un valor de tasación de 300.095,60 euros. El banco se adjudicó la finca por el 60% de su valor (180.057,36 euros), el 11 de enero de 2013.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El 20 de noviembre de 2012 el procurador Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de Lorenza, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, contra la entidad Banco Español de Crédito Banesto S.A., para que se dictase sentencia: “por la que: 1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, »Para el caso de que la ejecución hipotecaria 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: (sic)”. Las razones aducidas por la demandante para justificar la nulidad son las siguientes. En primer lugar, afirma que para convenir la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH no basta una condición general de la contratación. Luego argumenta que la cláusula conlleva una renuncia del consumidor a determinados derechos y beneficios que son de *ius cogens*. Entre otras cosas, la ejecución extrajudicial realizada por el notario no permite que pueda acordarse de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas; no permite que pueda ser alegada la abusividad de alguna cláusula con efecto suspensivo de la ejecución, ni los motivos de oposición previstos en los arts. 695 y 696 LEC.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca dictó Sentencia, con fecha 3 de enero de 2014, estimando íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la referida estipulación 11^a. Entiende el Juzgado 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. El juzgado entiende que en la medida en que el cauce procesal regulado para la ejecución extrajudicial prevista en el art. 129 LH, merme o dificulte al prestatario hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la Unión Europea confiere a los consumidores, el juez comunitario está habilitado para no aplicar la normativa procesal nacional. Por el contenido de la cláusula, que no afecta a un elemento esencial del contrato, concluye que procede directamente el control de contenido y no el de transparencia. 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.

3. Soluciones dadas en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Banco Santander, S.A. (entidad absorbente de Banco Español de Crédito S.A.). La resolución de este recurso correspondió a la sección 5^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, mediante Sentencia de 12 de mayo de 2014 en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Francisco Tortella Tugores, en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito S.A., contra la sentencia de fecha 3 de enero de 2014, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n^o 1 de Palma, en los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación, que confirmó íntegramente.

La Audiencia, después de considerar que el procedimiento de venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, razona que, de entre los procedimientos de ejecución, es el único que requiere de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago y es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los

motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas. El tribunal advierte una analogía entre este caso y el que motivó la STJUE de 14 de marzo de 2.013 (caso *Aziz*), y por ello entiende que la cláusula es abusiva. Razona que 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 11ª 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 pudieron 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». En relación al control de contenido, entiende que lo esencial y decisivo para que se estime abusiva esta cláusula, es la considerable limitación de los derechos del consumidor para alegar la existencia de cláusulas abusivas u otras posibles excepciones como errores en las cantidades reclamadas o en la liquidación de intereses efectuadas, circunscritas a un procedimiento declarativo ulterior. Este procedimiento, en su redacción anterior a la Ley 1/2013, aplicable al caso, no respetaba los derechos que le correspondían al consumidor frente a eventuales cláusulas abusivas e impedía que el juez pudiera apreciar de oficio su abusividad o que el notario lo advirtiera.

4. Los motivos de casación alegados

El procurador Francisco Tortella Tugores, en representación de la entidad Banco Santander S.A., entidad absorbente de Banco Español de Crédito S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) Infracción del art. 80.1 de la LCU, en relación con la STS núm. 241/2013, legal.

2º) Infracción del art. 82.3 de la LCU, en relación con el art. 82.1 del mismo texto.

3º) Infracción del art. 129 de la LH, arts. 234 y ss. RH y del art. 12 del Real Decreto-Ley 6/2012, en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a la imposibilidad de atribuir efecto directo en el plano horizontal a las Directivas.

4º) Infracción del art. 82.1 de la LCU, en relación con la doctrina jurisprudencial del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo que descarta la necesitada de enjuiciar el control de equilibrio o de prestaciones de las cláusulas cuyo contenido refleja exclusivamente disposiciones normativas.

5º) Infracción del art. 82.1 de la LCU, en relación con los criterios normativos determinantes de la contravención de las exigencias de la buena fe y del equilibrio importante, en perjuicio del consumidor, de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, justificándose el interés casacional en la oposición de doctrina jurisprudencial.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó Auto, de fecha 5 de octubre de 2015, en el que admitió el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Banco Santander S.A. Por providencia de 27 de abril de 2016 se acordó someter el conocimiento del presente recurso a Pleno de los Magistrados de la citada Sala, señalándose a tal fin el 22 de junio de 2016.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. En cuanto al primer motivo de casación consistente en la infracción del art. 80 de 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

La sentencia recurrida aplica el control de transparencia sustantiva o de comprensibilidad real a una cláusula, aquélla en la que se pacta el procedi-

miento de ejecución o venta extrajudicial de la finca hipotecada, 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.

En relación con las cláusulas que no definen el objeto principal del contrato la obligación de transparencia exigible es la prevista en los requisitos de incorporación en el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de tal forma que superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo no dependerá de la información previa, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor toda vez que el control de transparencia, tal y como ha sido configurado por la Sala de lo Civil del TS desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y por 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 de cuya redacción ha de resultar sencilla y fácilmente cognoscible para el consumidor tanto “la carga económica” o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación económica que quiere percibir, como la “carga jurídica”, es decir, su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (STS 241/2013, de 9 de mayo).

Para ello, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las cláusulas que definen o contienen el objeto principal del contrato no deben implicar subepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio, sino que han de permitir al consumidor concreto hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que se desprenderán para él de la inclusión de tal cláusula porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Mediante el control de transparencia de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato nunca podrá apreciar el juzgador abusividad por desequilibrio objetivo entre precio y prestación, pero sí desequilibrio subjetivo entre uno y otra en la representación que un determinado consumidor se hizo de ellos en atención a las circunstancias concurrentes en una concreta contratación.

En definitiva, respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, la abusividad viene determinada mediante el control de transparencia; para las demás cláusulas, entre las que está la enjuiciada, 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 dependerá de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

Como la sentencia recurrida ha efectuado, respecto de la cláusula en la que se pactaba la ejecución o venta extrajudicial de la finca hipotecada en caso de impago, ambos controles: el de transparencia y el de contenido y ha declarado su abusividad como consecuencia de uno y otro, el TS concluye que, aunque sea correcto aducir la improcedencia del control de transparencia, no cabe estimar el recurso sobre la base de este motivo primero ya que también ha habido control de contenido en virtud del cual ha sido declarada la abusividad.

5.2. En cuanto al segundo motivo de casación, que el TS estima, consistente en la infracción del art. 82.3 de la LCU, en relación con el art. 82.1 del mismo texto

La causa de la infracción alegada es que la sentencia no tiene en cuenta, para enjuiciar la abusividad de la cláusula, las demás cláusulas del contrato y, en consecuencia, no aprecia debidamente que la ausencia de cláusulas abusivas en ese contrato descarta cualquier riesgo de que la cláusula impugnada cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio contractual. Teniendo en cuenta el carácter individual de la acción ejercitada (que requiere de un juicio concreto sobre la abusividad de la cláusula, en atención al eventual desequilibrio que provocaba), el riesgo de desequilibrio solo podía darse si el contrato de préstamo contuviese cláusulas abusivas, de modo que el adherente no hubiera podido alegar eficazmente la abusividad de otras cláusulas de este contrato en el procedimiento de venta extrajudicial.

El TS estima este motivo de casación en base a las siguientes consideraciones:

La justificación de la pretendida abusividad de la cláusula undécima del contrato de préstamo hipotecario, la que exclusivamente contiene el acuerdo entre acreedor y deudor de acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecado en caso de que éste incumpla la obligación de devolver el préstamo, radica en que la acordada venta extrajudicial, prevista en el art. 129 LH, ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea (cfr. STJUE de 10 de septiembre de 2014 –asunto C-34/13 Monika Kušionová vs SMART Capital a.s.– o STJUE de 25 de junio de 2015 –asunto C-32/2014, Sugár–), una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. «A falta de armonización en el Derecho de la Unión de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equi-

valencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad); lo que corresponde verificar al tribunal remitente». Lo que procede es determinar si, en una situación como la del litigio principal, es decir, en la venta extrajudicial del bien hipotecado, las disposiciones nacionales de que se trata, analizadas en su contexto y teniendo en cuenta el conjunto de vías de impugnación y recursos existentes, garantizan que existen medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que tales cláusulas no vinculen a éstos, tal y como prevén los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 respecto de la objeción planteada de que un sistema de ejecución notarial impide el control judicial de oficio el TJUE entiende que «aunque la Directiva 93/13 exige en los litigios entre un profesional y un consumidor una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del juez nacional que conoce de ellos, el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor». Según la doctrina del TJUE, «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 concreto de la adecuación de la venta extrajudicial del bien hipotecado a la normativa comunitaria de protección de consumidores, el Tribunal de Justicia entendió suficiente (STJUE de 10 de septiembre de 2014 –asunto C-34/13 Monika Kušionová vs SMART Capital a.s.) que la normativa aplicable (la procesal nacional) 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.

En el caso resuelto por la sentencia 3412/2016 del TS, la cláusula cuestionada, la estipulación 11^a, contiene un pacto por el que de forma expresa las partes acuerdan la posibilidad de que, en vez del procedimiento de ejecución judicial, el acreedor hipotecario pueda acudir para realizar el bien, en caso de vencimiento anticipado, al procedimiento de ejecución o venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH y en los arts. 234 y ss. RH.).

Cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario, el 31 de enero de 2005, el art. 129 LH y los arts. 234 y ss. R.H. no contenían ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas. Por contra, en su redacción actual (tras las modificaciones introducidas por Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la Ley 19/2015, de 13 de julio), el art. 129 LH 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 (cfr art. 129. f) L.H.).

Para un caso similar de falta de previsión legal en la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria para hacer valer en él la abusividad de las cláusulas determinantes de la ejecución o de la cantidad reclamada, el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Aziz) estableció la oposición a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la normativa nacional de ejecución que tampoco 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.

Esta sentencia provocó que los tribunales de instancia, mientras no se modificara la normativa procesal interna para regular el procedimiento en sintonía con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, aplicaran no sólo el control de oficio sino también que 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, en nuestro país, con la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Resultando de lo dicho que estamos ante un supuesto previo a la reforma en el procedimiento operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, que estamos ante una acción individual y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso y siendo evidente que 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 que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida, es decir, la abusividad real, el TS rechaza la apreciación de que haya existido tal abusividad estimando el segundo motivo de casación.

5. 3. La venta extrajudicial y sus vicisitudes legislativas

En relación con el procedimiento de ejecución extrajudicial o venta extrajudicial del bien hipotecado, según redonomiación introducida por la D.F. 9 LEC que dio nueva redacción al art. 129 L.H., se han planteado diversas cuestiones que han supuesto la revisión de esta antigua institución desde la perspectiva de su adecuación a la reserva que el artículo 107. 3. CE hace de la potestad jurisdiccional a favor de los Juzgados y Tribunales; de su respeto al el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 23 CE) y de su alineación con el principio rector de la política social y económica establecido en el art. 51 CE referido a la defensa de los consumidores y usuarios.

La ejecución o venta extrajudicial del bien hipotecado es una antigua institución que enraíza con la publicación del Código civil cuyo art. 1872 regula

la realización extrajudicial de la prenda “por ante Notario” y “precisamente en subasta pública”; por una evidente razón de analogía (cfr. art. 1858 Cc) se comenzó a pactar la realización extrajudicial del valor de las garantía hipotecarias. La DGRyN, en resolución de 28 de noviembre de 1893, sentó la doctrina de que “el derecho a disponer el acreedor de la cosa hipotecada a fin de obtener un pago que el deudor demora o resiste, es perfectamente inherente a la naturaleza de la hipoteca, y ... es evidente que no es condición indispensable para la validez de la venta de la cosa hipotecada el que ésta tenga que celebrarse por los trámites de la Ley de enjuiciamiento civil, pues pueden también los otorgantes estipular la enajenación de extrajudicial que deberá ajustarse al precepto del art. 1872 ... no es aventurado afirmar que en el contrato de hipoteca se puede lícitamente pactar la venta en iguales condiciones, ya que lo que es justo tratándose de la venta de la prenda, no ha de reputarse injusto con relación a la de la cosa hipotecada”. Esta doctrina fue aceptada por la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (cfr. sents de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902), pasando al Reglamento hipotecario de 6 de agosto de 1915 y a la LH en la reforma de 1944. La regulación del procedimiento de ejecución extrajudicial fue reformada por la D.F. 9ª de la 1/2000, de 7 de enero, LEC y por Leyes 1/2013, de 14 de mayo, y 19/2015, de 13 de julio.

En un primer momento la discusión se centró en la posible inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento de ejecución o venta extrajudicial del bien hipotecado por contravención de la reserva establecida en el artículo 117.3 de la Constitución en favor de Jueces y Tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De esta época proceden sentencias contradictorias dictadas por las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo en relación con el procedimiento regulado en el art. 129 LH. De una parte, la Sentencia de la Sala Primera de 4 de mayo de 1998 consideró derogados, en aplicación del apartado 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, el segundo párrafo del art. 129 LH y los arts. 234 a 236 RH, por entender que el procedimiento contemplado en los mismos vulnera el art. 117.3 CE –en el aspecto relativo al carácter exclusivo de la titularidad que corresponde a los órganos jurisdiccionales sobre la potestad ejecución– así como el art. 24 CE –en cuanto no satisface suficientemente el derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo defendió la constitucionalidad del procedimiento y de su concreta regulación en las SSTS de 16 y 23 de octubre de 1995, sosteniendo que no nos hallamos ante una verdadera “ejecución procesal”, reservada al poder judicial de forma exclusiva por el art. 117.3 CE y, por tanto, no afectada por la reserva establecida en dicho precepto. El art. 129 LH fue modificado por la disposición final novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que hizo desaparecer de su texto la referencia al “procedimiento ejecutivo extrajudicial” que sustituyó por “venta extrajudicial”. La Ley de Enjuiciamiento Civil al operar este cambio de denominación pareció alejar los peligros de colisión constitucional con la potestad jurisdiccional y, además, como ley post constitucional blindó la regulación frente a los

tribunales ordinarios, pues ya sólo cabe frente a ella el recurso de inconstitucionalidad. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la sentencia 224/2006, de 6 de julio del Pleno del Tribunal Constitucional dejó en el aire la cuestión de la constitucionalidad del procedimiento del art. 129 LH al inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad que sobre el mismo le fue remitida por el Presidente de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia. No obstante, debemos recordar aquí que existe un “obiter dictum” del TC en el que no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, que se encuentra en el último párrafo del FJ 5 de la ST C 41/1981, de 18 de diciembre, de la que fue ponente Luís Díez Picazo y Ponce de León y en la que se examinó la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria que tras la Ley 1/2000 pasó a denominarse de ejecución directa sobre bienes especialmente hipotecados.

La otra revisión que ha sufrido la venta extrajudicial del bien hipotecado se ha efectuado o pretendido efectuar desde la perspectiva de las exigencias de la protección de los consumidores que es uno de los principios rectores de la política social y económica que establece nuestra Constitución (art 51 CE). Una revisión a medias y sin concreción, pues el TS en la sentencia 483/2016 del Pleno de la Sala de lo Civil reiterada por la sentencia 251/2017, de la Sección 1 de la Sala de lo Civil del mismo Tribunal.

Desde este punto de vista, como dice el TS en la sentencia que comentamos, en el apartado 3. del fundamento de derecho tercero, “El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kusionová), parte de que la consideración, reiterada por la de 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár), de que «a falta de armonización en el Derecho de la Unión de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)». Se trataba de una hipoteca cuya ejecución se había iniciado antes de la reforma de la Ley 1/2013 que cuando se interpuso la demanda estaba a punto de concluir la venta y la adjudicación del bien hipotecado lo que tuvo lugar antes de que se proveyera la demanda de modo que cuando se firmó el contrato y ejecutó la garantía el deudor carecía de posibilidades para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas dentro del procedimiento de ejecución extrajudicial del bien hipotecado y, en ese sentido, la cláusula de sumisión podría considerarse abusiva.

Ese panorama cambia radicalmente tras las reformas llevadas a cabo en el artículo 129 LH que en su apartado 1. f) LH establece que cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituía el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la can-

tividad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del 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 art. 684 LEC, 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 art. 695. 1. LEC. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la venta o que hubiera determinado la cantidad exigible, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

Existen pues, tras la reforma, posibilidades de que el consumidor ejercite sus derechos en el seno del procedimiento de venta judicial del bien hipotecado cuando previa advertencia de notario o por sí mismo considere 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. No se establece claramente en la nueva regulación el significado de los “efectos oportunos” que, dentro del procedimiento, podrán desencadenarse como consecuencia de tal comprobación porque tales efectos, aunque no regulados, no se descartan desde una perspectiva lógica por la sola previsión de que el Notario “en todo caso” suspenda la venta extrajudicial “cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales” y nada aclara tampoco sobre los comentarios “efectos oportunos” el inciso final del apartado que permite al Notario la posibilidad de proseguir la venta a requerimiento del acreedor (repárese que el artículo dice literalmente que “podrá proseguir”, no que proseguirá).

Pese a la deficiente regulación, de ella cabe claramente colegir que no es igual el control que se practica en ejecución judicial y que el que se puede llevar a cabo en la ejecución extrajudicial, ya que en éste no procede nunca control de oficio por parte del notario más allá de la mera advertencia a las partes que traslada a ellas la suerte del procedimiento; por otra parte, 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 lo que implica que la protección de los derechos de los consumidores no se podría hacer efectiva dentro del procedimiento de venta extrajudicial lo que conllevaría un déficit del principio de equivalencia tal como lo formuló el TJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kusionová). Pese a ello, el TS, en la sentencia que comentamos, no establece una declaración general de adecuación o inadecuación de la venta extrajudicial a las exigencias derivadas de la defensa de consumidores y usuarios, sino que se limita a declarar que la cláusula de sumisión a la venta extrajudicial no es por sí misma ni abusiva ni lo contrario ya que su abusividad o inadecuación a las exigencias derivadas de

la legislación de defensa de consumidores y usuarios sólo se podrá decidir si junto a ella se alega la concreta o concretas cláusulas abusivas de las que el consumidor no pudo defenderse en el seno del procedimiento. No hace pues el TS una declaración general sobre la validez o la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado, sino que se reserva para hacer declaraciones concretas en uno u otro sentido a la vista de una circunstancia de abusividad real por concurrir una cláusula concreta y alegada en el correspondiente recurso de cuyas consecuencias ejecutivas no pudo librarse el deudor por falta del oportuno trámite en el procedimiento cuestionado.

Tan deficiente e imprecisa regulación de la venta extrajudicial no mejora la situación que se pretende superar con la letra f) del apartado 1 del art. 129 LH y que fue la que dio lugar la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Aziz) que 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. ¿podría el notario, en cuanto garante de la legalidad de la venta extrajudicial llevar a cabo un efectivo control de la abusividad de las cláusulas determinantes de la ejecución o de la cantidad reclamada?, realmente debería ser así en aras de la eficacia y adecuación al Derecho de uno de los procedimientos de ejecución de la hipoteca que tan relevantes son para el necesario buen desenvolvimiento del crédito territorial.

Sin embargo, la salud del crédito territorial, incuestionablemente necesaria para un desarrollo económico sostenible, exige la existencia de procedimientos de ejecución de la garantía ágiles, seguros y respetuosos con los derechos de las partes. A ello contribuyen una calificación registral de las cláusulas abusivas con un ámbito como el que más allá del desgraciado art. 12 LH en la redacción que le dio la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, diseñaron la sentencia del TS de 13 de noviembre de 2013 y las resoluciones de la DGRyN de 3 de octubre de 2014, 28 de abril de 2015 o 25 de septiembre de 2015 entre otras. A la existencia de una venta extrajudicial ágil, eficaz y sin reproche constitucional alguno contribuiría también el diseño de una intervención notarial en ella, a los solos efectos de su tramitación, sin perjuicio de su ulterior revisión en sede judicial, mucho más relevante respecto a la apreciación de la abusividad de las cláusulas, especialmente, de las determinantes de la ejecución o de la cantidad reclamada.

5.4. *Conclusión*

La sentencia 483/2016 no resuelve con carácter general la cuestión de la adaptación de la venta extrajudicial a las exigencias derivadas de la defensa de los consumidores. No hace pronunciamientos generales más propios de un legislador, como hace en alguna sentencia dictada con ocasión de la interpre-

tación de la legislación consumerista, ni aprecia abusos donde sólo hay la posibilidad de tales. En ese sentido es una sentencia digna de elogio que se mueve dentro de los límites y objetivos del recurso de casación sin entrar, por no ser alegadas, en la concurrencia de concretas cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario que da lugar al procedimiento enjuiciado.

La conclusión a la que puede llegarse a la vista de la sentencia comentada es que podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª, por la que se pacta la ejecución o venta extrajudicial del bien hipotecado, justificando la concreta merma de protección que tal posibilidad de realización implicaría frente a determinadas cláusulas abusivas, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las concretas cláusulas por abusivas, nulidad frustrada por la estructura procedimental de la venta extrajudicial; al no mencionarse por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas determinadas, no se puede apreciar que haya existido una abusividad real por el solo hecho de pactar el procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado.

6. Bibliografía

- BALLUGERA GÓMEZ. “Contrato por negociación y cláusulas abusivas: breve comentario a la Resolución D.G.R.N. 12 septiembre 2014”. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº. 11, 2014, págs.2100-2107.
- BALLUGERA GÓMEZ. “Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 23, 2009, págs. 309-328.
- BALLUGERA GÓMEZ. *La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I): comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013*, Diario La Ley, Nº 8088, 2013.
- CARRASCO PERERA. “Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 19/2016.
- DÍAZ FRAILE. “La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas: Aplicación registral”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 146, 1997, págs. 9-28.
- DÍAZ FRAILE. “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993: Situación actual de la cuestión”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 72, Nº 633, 1996, págs. 527-564.
- DÍAZ FRAILE. “Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, Nº 2, 2016, págs. 501-523.
- DÍAZ FRAILE. “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013”. *La Ley Unión Europea*, Nº. 5, 2013, págs. 5-21.
- PÉREZ HERESA, “El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria”. *El notario del siglo XXI*, nº 69, septiembre-octubre 2016.