

**EN EL JUICIO PARA EJERCITAR DERECHOS REALES INSCRITOS EL JUEZ
DEBE EXAMINAR DE OFICIO EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LAS
CLÁUSULAS DE UNA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SI NO HUBO
UN ANÁLISIS JUDICIAL ANTERIOR EN ESTE SENTIDO***

Conclusiones del Abogado General, de 29 de junio de 2017 (Asunto C-598/15),

Banco Santander contra Cristobalina Sánchez López

José María Martín Faba**

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 7 de julio de 2017

Las conclusiones que propone el Sr. Wahl traen causa de los interrogantes que se le suscitaron a un Juzgado de Primera Instancia jerezano en el marco de un juicio verbal para ejercitar derechos reales inscritos (art. 250.1.7º LEC y art. 41 LH), promovido por el banco para lanzar al deudor y tomar posesión del inmueble años después de que aquel se lo adjudicara e inscribiera la escritura pública de venta en el Registro de la Propiedad tras la culminación un procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca (arts. 129 LH y 233 y ss. RLH).

Así las cosas, el juez español plantea cinco preguntas, de las cuales tres son extemporáneas por lo que el Abogado propone al Tribunal de Justicia que las inadmita. A través de estas, pregunta, en esencia, si determinados aspectos del procedimiento de ejecución notarial en la redacción dada por la Ley 1/2013 son compatibles con Directiva 93/13. Sin embargo, el procedimiento de ejecución extrajudicial del caso, del que deriva el proceso para ejercitar derechos reales inscritos, culminó, el 15 de diciembre de 2011 mediante la adjudicación de la vivienda hipotecada al acreedor, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 por lo que este régimen no es aplicable al litigio principal.

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y 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, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-4826-8140

En las dos preguntas restantes el juez remitente cuestiona, en sustancia, **si debe examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas predispuestas de un contrato de préstamo hipotecario en un procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos, que puede finalizar con el lanzamiento del deudor, cuando la normativa vigente no le permite tal posibilidad.**

Pues bien, al Abogado no le parece oportuno que el juez que conoce del procedimiento del artículo 250.1.7º LEC aprecie de oficio el carácter abusivo de cláusulas predispuestas en la escritura de préstamo hipotecario, principalmente, porque:

- (i) El deudor tuvo la posibilidad en el procedimiento de ejecución notarial, y no lo hizo, de oponerse al mismo o solicitar la suspensión por la existencia de una cláusula abusiva del contrato de préstamo hipotecario;
- (ii) De la resolución de remisión no se puede demostrar que el juez remitente contemple una cláusula del contrato controvertido, diferente de la referente al procedimiento de ejecución notarial, que pueda ser abusiva;
- (iii) El contrato de préstamo hipotecario que pudiera contener alguna cláusula abusiva ha agotado sus efectos con la venta definitiva del inmueble y es independiente y no es objeto del procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos;
- (iv) No beneficiaría al consumidor ya que formalizó con el banco adjudicatario un contrato de arrendamiento por lo que si se declarara abusiva la cláusula que establece la ejecución extrajudicial el procedimiento quedaría invalidado y también la transmisión de la propiedad, siendo nulo asimismo el arrendamiento y quedando de nuevo consumidor vinculado al préstamo hipotecario;
- (v) Supondría vulnerar un derecho de propiedad real inscrito en el Registro de la Propiedad cerca de cuatro años antes de la remisión y también la posibilidad de infringir derechos de terceros adquirientes, contraviniendo así los principios de seguridad jurídica y de propiedad.

Glosa:

La solución dada por el Abogado General no difiere demasiado de las decisiones de cierto sector de la judicatura española¹ que entendió que el juez no puede apreciar de oficio, en

¹ AP de Valencia (Sección 9ª) Auto núm. 1618/2016 de 7 de noviembre (JUR\2017\13728); Auto núm. 1021/2016 de 21 de junio (JUR\2016\213657); Auto núm. 1546/2016 de 27 de octubre (JUR\2017\13900); Auto núm. 1424/2016 de 10 octubre (JUR 2017\13626); Auto núm. 1559/2016 de 2 noviembre (JUR 2017\13643); Auto núm. 1878/2016 de 28 de diciembre (Roj: AAP V 826/2016 - ECLI: ES:APV:2016:826ª) y Auto núm. 1853/2016 de 22 de diciembre (Roj: AAP V 761/2016 ECLI:

el seno de un procedimiento judicial de ejecución de hipoteca, una cláusula abusiva una vez precluidos los actos procesales que prevé la LEC para hacerlo (arts. 552.1.II y 695.1.4º), con fundamento en la quiebra de la seguridad jurídica por vulneración de los derechos del ejecutante y de eventuales terceros adjudicatarios del inmueble.

Con todo, a mi juicio, el Sr. Wahl se equivoca en sus conclusiones pues el procedimiento de ejecución notarial del caso, anterior a la Ley 1/2013, no preveía que el ejecutado pudiera oponerse por la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo por lo que este nunca se opuso por tal motivo y, además, porque es en el procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos donde por primera vez el juez ha podido examinar el posible carácter abusivo de cláusulas predispuestas en la escritura de préstamo hipotecario ya que en el proceso de ejecución notarial nunca intervino un órgano judicial. Por ende, **en virtud de la doctrina contenida en la STJUE de 26 de enero de 2017 Banco Primus, el juez debe examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas del préstamo hipotecario si no existe una resolución judicial anterior que contenga un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de cláusulas del contrato**, y en este pleito es evidente que no hay tal resolución. Por otra parte, el Abogado no puede invocar la quiebra de la seguridad jurídica por mor de una vulneración de los derechos terceros adquirentes de buena fe pues fue el banco acreedor el que se adjudicó el inmueble y, asimismo, el que dispuso las eventuales cláusulas abusivas de la escritura por lo que debe correr el riesgo de ver anulado, en perjuicio suyo, el procedimiento de ejecución notarial. Por último, tampoco tiene sentido el argumento del Sr. Wahl por el que llega a la conclusión de que se perjudica al consumidor si el juez remitente de oficio aprecia la abusividad de la cláusula que fija la ejecución notarial al provocar la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito con el banco, pues si este ha instado el procedimiento del artículo 250.1.7º LEC para lanzar al deudor es porque el contrato de arrendamiento ha quedado extinguido previamente, ya que en caso contrario el deudor se hubiera opuesto a la demanda alegando la existencia de un contrato de arrendamiento y el procedimiento habría concluido (*vid.* art. 444.2.2º LEC).

Cuestión distinta sería que el banco ejecutante hubiera vendido el inmueble a un tercero que adquiere de buena fe y este fuera el que instara el procedimiento del artículo 250.1.7º LEC para pedir la toma de posesión del inmueble. Si así ocurriera entiendo que el principio de seguridad jurídica, en su vertiente relativa al derecho de propiedades adquiridas, impediría que el juez apreciara de oficio la abusividad de una cláusula que provocara la nulidad de la ejecución notarial y de la consiguiente transmisión del inmueble ya que se perjudicaría sobremanera a un tercero que no es el predisponente de las eventuales cláusulas abusivas ni el sujeto pasivo de la nulidad.

ES:APV:2016:761ª).