



**DE CÓMO UNA HIPOTÉTICA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
RELEGA LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE APRECIAR DE OFICIO CLÁUSULAS
ABUSIVAS***

*José María Martín Faba***

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

Fecha de publicación: 3 de febrero de 2018

Dimos cuenta hace ya unos meses de las Conclusiones de 29 de junio de 2017, asunto C-598/15, formuladas por el Abogado General Nils Wahl¹ con ocasión de los interrogantes que se le suscitaron a un Juzgado de Primera Instancia jerezano en el marco de un juicio para ejercitar derechos reales inscritos, promovido por el banco para lanzar al deudor hipotecario 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.

Así las cosas, el órgano judicial remitente preguntó al TJUE, en lo que aquí interesa, **si debía 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, teniendo en cuenta además que en el procedimiento de ejecución extrajudicial el consumidor no alegó la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo ni el juez realizó el examen de oficio.** Pues bien, en su momento ya expusimos como al Sr. Nils Wahl no le parecía oportuno que el

* 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

¹ MARTÍN FABÁ, J.M^a. “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”, *Centro de Estudios de Consumo*, julio 2017, <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Caracterabusivoclausulasdeescrituraprestamohipotecario.pdf> [Consulta: enero 2018].



juez que conoce del procedimiento del artículo 250.1.7º LEC apreciara 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) 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 adquirentes, contraviniendo así los principios de seguridad jurídica y de propiedad.

Así pues, en la **STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C 598/15**, el Tribunal da respuesta a la pregunta del juez jerezano, llegando a la misma solución que el Abogado General y por los mismos motivos:

- La primera de las razones que invoca el TJUE es **la independencia entre el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca y el procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos**. Así, a juicio del TJUE, según la legislación nacional, el objeto de la acción ejercitada ante el órgano jurisdiccional remitente consiste en garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, con independencia del modo en que hayan sido adquiridos. Por lo tanto, entiende que el litigio principal no se refiere al procedimiento de ejecución forzosa de la garantía hipotecaria establecida en el contrato de préstamo que vinculaba al prestatario con el banco acreedor, sino a la protección de los derechos reales asociados a la propiedad legalmente adquirida por dicho banco a raíz de una venta por adjudicación en subasta. De ahí, razona el TJUE, que el título en el que se basa la acción ejercitada ante el órgano jurisdiccional remitente es el título de propiedad que ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad y no el contrato de préstamo hipotecario que establecía la garantía cuya ejecución extrajudicial ha sido llevada a término.
- El segundo de los motivos que aduce es **la protección de los derechos de terceros adquirentes del inmueble**. En efecto, señala el TJUE que si bien es cierto que en el presente caso el propietario del inmueble objeto del litigio principal es el acreedor hipotecario, no es menos cierto que, al término de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria cualquier tercero interesado puede adquirir la propiedad de dicho bien y, en consecuencia, tener interés en iniciar un



procedimiento para obtener la entrega del mismo. En tales circunstancias, asevera el TJUE que el hecho de permitir que el deudor que constituyó una hipoteca sobre tal bien formule frente al adquirente del mismo excepciones basadas en el contrato de préstamo hipotecario, del cual este adquirente puede no ser parte, podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas.

- El tercer motivo es que **el consumidor tuvo una actitud pasiva al no alegar la existencia de cláusulas abusivas**. En este sentido manifiesta el TJUE que el prestatario tenía la posibilidad, durante la tramitación del procedimiento extrajudicial de venta del bien, de formular oposición o solicitar la suspensión en atención a la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario, instando como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria.
- La última razón que arguye es que **el juez nacional no señala qué cláusula del contrato controvertido pudiera ser abusiva**. En efecto, declara el TJUE que no puede invocarse eficazmente el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando no exista ningún indicio de la posible presencia de una cláusula potencialmente abusiva en el contrato de préstamo hipotecario que ha sido objeto de un procedimiento extrajudicial de ejecución.

En virtud de las anteriores consideraciones el TJUE decide que **el juez remitente no tiene la obligación de apreciar de oficio cláusulas abusivas de un contrato de préstamo hipotecario en un procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra parte, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto.**

Crítica:

A nuestro juicio la decisión del TJUE contraviene su propia doctrina contenida en la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus*, según la cual si el juez nacional en un primer control de oficio ha examinado una o varias cláusulas contractuales, pero no todas, tiene la obligación de controlar de oficio el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento de ejecución hipotecaria. Con todo, como puede observarse, esta doctrina alude a un segundo control de oficio



sobre cláusulas que no habían sido examinadas en un análisis preliminar, pero dentro del mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, no en un segundo procedimiento que guarda relación con el inicial. Por esta razón puede que el TJUE obvie mencionar el contenido de la STJUE de 26 de enero de 2017. Sin embargo, no aplicar la doctrina de esta sentencia por entender que el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca y el procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos son independientes, en casos en los que es el acreedor ejecutante adjudicatario del inmueble el que insta la posesión del mismo, es una concepción ficticia. Nótese que en realidad ambos procesos son una unidad, pues sin el último de ellos el acreedor adjudicatario no podría tomar posesión de la vivienda adquirida mediante una ejecución notarial. De ahí que el artículo 236.m RH diga que una vez culminado el procedimiento de ejecución notarial *el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen*. Y el vehículo que la LEC da para ello es el procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos. Es decir, la conjunción de ambos procesos equivaldría a lo que supone el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial, que sí termina con el lanzamiento y la toma en posesión del inmueble por el ejecutante o por un tercero. Por lo tanto, entendemos que no se debió inaplicar la doctrina de la STJUE de 26 de enero de 2017 en base a la inconexión de los dos procedimientos ya que el relativo a ejercitar derechos reales inscritos es necesario para que el acreedor hipotecario adjudicatario del inmueble entre en la posesión del mismo. Consecuentemente, tuvo que haber un examen de oficio de las cláusulas del préstamo hipotecario en el proceso para ejercitar derechos reales inscritos, pues anteriormente no lo hubo.

Por otra parte, tampoco puede decir el TJUE que el prestatario mantuviera una actitud pasiva ya que el procedimiento de ejecución notarial culminó en 2012, cuando todavía no había entrado en vigor la modificación operada por la Ley 1/2013 en el procedimiento extrajudicial de realización, por lo que no se le permitía a aquel oponerse por la existencia de cláusulas abusivas y por consiguiente el notario no tenía la facultad de acordar la suspensión de la ejecución.

Además, no es un motivo de rigor para desplazar la obligación del juez de apreciar cláusulas abusivas que este no señale qué cláusulas lo son pues si ha emitido una cuestión prejudicial preguntando si tenía la posibilidad de apreciarlas es que aquel considera que alguna cláusula peca de abusiva. Repárese que el juez podría creer que son abusivas, por ejemplo, la cláusula suelo o de intereses de demora, sobre las que ya hay parámetros más o menos claros para declarar su abusividad, no siendo por ende necesario que el juez señale qué cláusulas considera abusivas y siendo en cambio lógico que solo se cuestione si las puede declarar nulas en un procedimiento que la ley no se lo permite.



Asimismo, no puede el TJUE invocar la quiebra de la seguridad jurídica a causa de la vulneración de los derechos terceros adquirentes de buena fe si es el mismo acreedor el que se adjudicó el inmueble y el que instó su posesión ¡En este litigio no hay terceros que puedan verse perjudicados! Creemos, por consiguiente, que el TJUE está tomando tomar una decisión sin tener en cuenta el caso concreto. Es verdad, que *otro gallo cantaría* si hubiera sido un tercero quien solicitara la posesión del inmueble, ya que en este caso sí que se vulneraría su derecho si se permitiera apreciar la abusividad de cláusulas del préstamo hipotecario que pudieran alterar lo sucedido en el proceso ejecutivo extrajudicial y por ende diezmar la transmisión del inmueble, pues nótese que el tercero adquirente es ajeno al título que puede contener las cláusulas abusivas. En este sentido, ya manifestamos en este centro de investigación² que la obligación de oficio del juez de apreciar cláusulas abusivas en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria debía quedar limitada por los derechos de eventuales terceros adjudicatarios del inmueble, debiendo por consiguiente diferenciarse unos límites temporales a la posibilidad de apreciación de oficio de cláusulas abusivas en el título ejecutivo dependiendo de si el sujeto que se adjudica el inmueble es el banco ejecutante o un tercero. Consecuentemente, consideramos en su momento que si es el banco ejecutante quien se adjudica el inmueble el juez de oficio podrá declarar abusiva una cláusula sobre la que no se había pronunciado anteriormente hasta el “fin” del procedimiento de ejecución hipotecaria, que culmina con la toma de posesión del inmueble por el ejecutante (art. 675 LEC), pues es el banco el que dispuso la cláusula abusiva en el contrato y debe correr con el riesgo de ver sobreseído el procedimiento de ejecución de la garantía hasta su culminación. Por el contrario, si es un tercero quien se adjudica el inmueble, el límite temporal para que el juez aprecie de oficio la abusividad de una cláusula sobre la que no se había pronunciado debe ser el momento en que se dicta el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC), que es cuando se entiende producida la transmisión del inmueble al tercero (*vid.* STS núm. 414/2015 de 14 julio [RJ 2015\3002]). Por lo tanto, en virtud de la postura descrita **el juez del procedimiento para ejercitar derechos reales inscritos podría apreciar de oficio la abusividad de cláusulas sobre las que no se había pronunciado pues el ejecutante no habría tomado aún posesión del inmueble.**

² MARTIN FABÁ, J. M^a “El juez de la ejecución hipotecaria puede apreciar de oficio la abusividad de una cláusula sobre la que no se había pronunciado, aún no teniendo disponible un acto procesal para ello, pero con el límite temporal de la toma de posesión del inmueble por el ejecutante o, en su caso, hasta que se dicte el decreto de adjudicación a favor de tercero”, *Centro de Estudios de Consumo*, Febrero 2017, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Apreciaci%C3%B3n-de-oficio-vs-preclusi%C3%B3n.pdf> [Consulta: febrero 2018].