

LA SENTÈNCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 14 DE MARÇ DE 2013 (ASSUMPT C-415-11, M. A. *VERSUS* CATALUNYACAIXA): LA SEVA ONA EXPANSIVA EN EL NOSTRE SISTEMA HIPOTECARI ACTUAL¹

Ángel Serrano de Nicolás
Notari

1. EL MARC NORMATIU EN EL QUAL HA DE DESPLEGAR ELS SEUS EFECTES LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 14 DE MARÇ DE 2013: EL QUE HI HAVIA I EL QUE S'HA EXIGIT MODIFICAR

L'anàlisi de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 14 de març de 2013 requereix que prèviament destaquem algunes qüestions bàsiques que passen desapercebudes, a recer del debat sobre l'extinció del deute, més mediàtic, tot i que finalment —i perquè estan desenfocades en el seu tractament, inclús legislatiu— són les que estan plantejant la molt problemàtica situació hipotecària actual. Igual que es va parlar de la mort del contracte —tot i que la seva subsistència és òbvia— es podria parlar de la mort de la hipoteca, almenys tal com era concebuda fins a aquesta STJUE de 14 de març de 2013, i la seva ona expansiva,² que afectarà tant

1. Traducció a càrrec de Marina Castells i Marquès, doctoranda en dret civil a la Universitat Autònoma de Barcelona.

2. Efectes que podria solucionar, però no en el seu estat actual, la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial (Brussel·les, 31 de març de 2011, COM (2011), 142 final, p. 3), que diu expressament, en tractar de les disposicions vigents en l'àmbit de la proposta, en concret en referir-se a la Directiva 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, i a la Directiva 2005/29/CE, relativa a les pràctiques comercials deslleials, que «[s]in embargo, estas disposiciones no tienen en cuenta las particularidades del crédito hipotecario ni la necesidad de que los consumidores puedan comparar la publicidad». Publicitat que és element d'integració del contracte, segons l'art. 1258 del Codi civil (CC).

el sistema hipotecari com el procedimental, i malgrat que, en el seu dia, va passar el crivell constitucional.³

Els efectes es produiran (pel control de les clàusules abusives, que s'obre abans que es pugui despatxar l'execució) tant per als deutors (singularment quan la garantia última no sigui la finca hipotecada, tal com exigeix l'article 8.1 *in fine* del Reial decret 716/2009, de 24 d'abril, pel qual es desenvolupen determinats aspectes de la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes del sistema hipotecari i financer [BOE, núm 107, 2/5/2009]),⁴ com per als creditors hipotecaris, en realitat, i gairebé en exclusiva, les entitats de crèdit, les úniques possibles finançadores (i refinançadores, a través de cèdules, bons i participacions hipotecàries), d'acord amb l'article 2 de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, per la qual es modifica la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari (BOE, núm. 294, 8/12/2007), en comprovar que la realització de valor no funciona eficientment, i a més fins i tot empitjora —una altra cosa és que ho exigeixi l'aplicació d'aquesta STJUE de 14 de març de 2013—, amb els recents i múltiples canvis legislatius. L'última reforma és l'efectuada per la Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, que modifica tant el Reial decret llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors sense recursos, com la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social.⁵

3. L'última, i recent, fou la Interlocutòria del Ple del Tribunal Constitucional de 19 de juliol de 2011 (núm. de registre: 7223/2010), que resolva la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Jutjat de Primera Instància Número 2 de Sabadell en la Interlocutòria de 30 de setembre de 2010, en què es plantejava la possible inconstitucionalitat dels art. 695, 698 i 579 LEC en relació amb el dret fonamental a la tutela judicial efectiva de l'executat hipotecari (art. 24 de la Constitució espanyola [CE]), el dret a l'habitatge digne i adequat (art. 47 CE) i el principi d'interdicció de l'arbitrarietat en l'actuació dels poders públics (art. 9.3 CE). El Tribunal Constitucional, recordant la seva doctrina respecte a aquesta qüestió, va rebutjar la possible inconstitucionalitat afirmant que «la extraordinària fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse [limitadas a los cuatro supuestos contemplados, está justificada...]. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos [...]». No ho va veure així, amb el seu vot concurrent i discrepant, el magistrat E. Gay Montalvo.

4. No es pot desconèixer que algunes clàusules poden ser abusives ja *ab initio*, però altres poden derivar de l'aplicació d'allò pactat per l'entitat de crèdit o creditora. En qualsevol cas, el debat pot propiciar que l'evolució interpretativa doni lloc a noves situacions que es considerin abusives, quan s'hipotequin dues finques en garantia d'un únic préstec hipotecari destinat a l'adquisició d'una de les finques, per la qual cosa l'amortització de la propietat significa l'aplicació de la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 4 de febrer de 2005 (ponent: C. Auger), que denega l'alliberament d'una de les finques quan l'import del qual respon no ha estat satisfet, sobre la base que no estem davant d'un crèdit dividit entre diverses finques, sinó davant d'un únic crèdit en garantia del qual s'hipotequen diverses finques i en el qual és necessari distribuir la responsabilitat hipotecària.

5. Cal destacar que l'intent en va del legislador d'acomodar a la legalitat procedimental, i a la vegada no infringir la reserva jurisdiccional considerada pels jutges en la Constitució espanyola de 1978, la mal denominada *venda extrajudicial* (en realitat, autèntica venda forçosa, i aquí l'adjectiu és el definidor), ha rebut una forta escomesa amb la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (RDGRN)

Així, el debat es produeix sense que sempre se separi clarament allò principal d'allò accessori en el préstec hipotecari, és a dir, el préstec —com a operació principal de l'actiu— enfront de la hipoteca que el garanteix (recalca el seu caràcter accessori la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 2 de desembre de 2009; *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1928/2005); allò merament conservatiu —o fase de seguretat— d'allò purament executiu o de realització de valor (en la hipoteca immobiliària);⁶ que es presti per al cas de manca de pagament tenir garantia quasiplena de poder cobrar, però, a la vegada, amb la confiança —per la part deutora— que l'hipotecat haurà de ser la garantia última. I, en efecte, tot i que amb diferent intensitat, en tots aquests àmbits desplega els seus efectes la STJUE de 14 de març de 2013. Així, el control d'allò que resulta abusiu (que incideix exclusivament en el préstec, tot i que per la seva accessorietat repercuteix en la hipoteca) ha de ser *ex ante* de la seva possible ulterior execució, però sense desconèixer que l'única clàusula que, en la pràctica i de forma exclusiva, dóna lloc al seu venciment anticipat —tot i que siguin alguna dotzena més les que es considerin amb tal propòsit— és la manca de pagament; igual que el que és determinant per a contractar o no és el tipus d'interès (amb la rellevància de la denominada *clàusula sòl* o interès mínim que cobrarà l'entitat de crèdit enfront de qualsevol evolució del tipus d'interès de referència) i, finalment, la possibilitat o no d'anar anticipant el capital pendent, sense comissió o penalització per anticipar-ho, per la qual cosa és just que en el nostre ordenament jurídic no regeixi el principi del *favor debitoris* en matèria de terminis (*cf.* art. 1127 CC), sinó que el termini està posat en benefici d'ambdues parts, deutora i creditora.

Això avantdit es tradueix en el fet que, quan es finança l'adquisició de l'habitatge habitual⁷ amb un préstec hipotecari o un crèdit hipotecari,⁸ estem davant d'un negoci alligat funcionalment (es finança per a adquirir i s'adquireix perquè s'obté el finançament), ja que no hi ha un acte d'adquisició (la compra de l'habitatge) i un altre d'alie-

de 9 de maig de 2013 (*Boletín Oficial del Estado* [6 juny 2013]), que conté una interpretació de com ha de ser la notificació al deutor (o a altres garants personals o reals) i deixa clar que una cosa és la funció jurisdiccional —exclusiva del jutge— i una altra la funció notarial, per la qual cosa, en la pràctica, l'«execució» via notarial gairebé queda en mans del deutor.

6. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, E. ESTRADA ALONSO i I. FERNÁNDEZ CHACÓN, «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737 (maig-juny 2013), p. 1432-1433.

7. Com que el dret a l'habitatge està protegit constitucionalment (art. 47 CE), no pot ser idèntic el règim jurídic aplicable segons quin sigui el destí de l'immoble hipotecari, igual que no es pot desconèixer el possible canvi de destí de l'immoble hipotecat durant els diversos decennis de vigència de la hipoteca.

8. Vegeu, per a l'equiparació entre préstec i crèdit hipotecari, ara que aquest ha desaparegut de la pràctica bancària, la Resolució del Tribunal Econòmic Administratiu Central de 16 de maig de 2013 i el comentari de J. ZEJALBO MARTÍN, «Equiparación fiscal de los créditos a los préstamos en AJD», a <<http://www.notariosyregistradores.com/ACTUALIDAD%20FISCAL/CASOS-CONCRETOS/2013-creditosequiparados-prestamos.htm>> (última consulta: 30 juny 2013).

nació (la hipoteca), sinó un que és l'adquisició finançada de l'habitatge.⁹ I, en el que és el finançament, es presenta *el préstec com a contracte principal i la hipoteca immobiliària com a garantia real accessòria*, tot i que sigui aquesta la que s'inscriu i encara que sembli pretendre's que allò accessori absorbeix allò principal —bàsicament per raó de la seva inscripció—, o que sigui un negoci unitari, sense diferenciar entre el préstec i la hipoteca, amb causa única, quan en veritat la tindrà el negoci principal i l'accessori tindrà la que és pròpia d'aquests com a tals.¹⁰ Aquesta doble cara de la hipoteca immobiliària es posa també en relleu en les possibles vies per a la seva execució o per a la reclamació del deute,¹¹ ja que el que es reclama és el deute derivat del préstec, el qual, com que està garantit amb la hipoteca, li dóna un termini de prescripció propi, segons l'article 1964 CC.¹²

Distingit aquest doble aspecte de préstec i d'hipoteca (en el préstec o crèdit hipotecari), la STJUE de 14 de març de 2013 influeix en la seva funció conservativa¹³ i en la de realització de valor, i ho fa en resoldre sobre la necessitat del control d'ofici de les clàusules abusives. Concreta no tant quines són aquestes (en la qual cosa ja hi havia una certa conformitat,¹⁴ tot i que en poden anar apareixent altres de noves), sinó quan

9. Per això és natural que la reforma operada per la Llei 1/2013 en l'art. 579.2b LEC estableixi la participació del deutor hipotecari en el «producte» de la venda de la finca adjudicada a l'entitat creditora.

10. Vegeu, per tots, M. AMORÓS GUARDIOLA, *La causa del crèdit hipotecari*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1990, p. 85-97, que parla no tant de la causa de la hipoteca, sinó de la causa del crèdit hipotecari.

11. La STS de 25 de gener de 2006 (Rec. 2221/1999) precisava que les opcions del creditor hipotecari eren: «El proceso declarativo ordinario [...]; b) El juicio ejecutivo común u ordinario [...]; c) El llamado procedimiento judicial sumario [...]; y 4º) En un aspecto puramente teórico, el procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en el artículo 129, II, de la Ley Hipotecaria y en los artículos 234 a 236 del Reglamento, cuya inconstitucionalidad sobrevenida ha sido declarada por esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998». Des d'aquesta Sentència s'han succeït diverses reformes; la més recent, que pretén ser la més radical, a més de salvar les imputacions que se li han fet d'inconstitucionalitat, és l'efectuada per la Llei 1/2013; no obstant això, el problema de la venda extrajudicial és que no es pot desconeixer que sigui extrajudicial (cosa que resulta òbvia perquè és notarial), sinó que és —encara que sembli que això passa desapercebut— forçosa, i aquest caràcter és el que desnaturalitza la venda com a via de realització de valor. A això ara s'uneix el fet que, com que el notari no té funcions jurisdiccionals, no pot sinó suspendre el procediment tan aviat com aprecii l'existència d'una clàusula abusiva, és a dir, no és en si, i de forma estricta, un autèntic procediment notarial (cfr., per a la suspensió, la *Comunicació [del Consell General del Notariat] relativa a la STJUE de 14 de març de 2013*, punt 4.2).

12. La STS de 10 de desembre de 2007 (Rec. 4145/2000) recorda que el termini de prescripció de l'acció hipotecària (ni real, ni personal, sinó hipotecària) és de vint anys.

13. Respecte a què pot inscriure's i què no —ara transcriure's—, hi ha l'art. 12 LH, reformat per la Llei 41/2007, que requereix una revisió imprescindible, en què seria procedent distingir entre el que és el préstec i el que és la hipoteca i, en qualsevol cas, superar la transcripció i la doctrina de la RDGRN de 20 de juliol de 2008, com la de l'ulterior RDGRN d'1 d'octubre de 2010, que li dóna una interpretació més ajustada al nostre sistema hipotecari.

14. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, R. CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, *Las cláusulas de la hipoteca*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2006, p. 62-79, per a les clàusules abusives i usuràries, i María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2006, p. 75-123, per a les clàusules de venciment anticipat.

i qui les ha, o les pot, controlar, així com si s'han d'inscriure o no, cosa que té una rellevància manifesta segons com es configuri l'execució hipotecària. Finalment, constatar que certs aspectes només poden quedar controlats, en el seu possible caràcter abusiu, *ex post*, no ja perquè són aspectes propis de la funció jurisdiccional (de la qual manquen notaris i registradors de la propietat), sinó perquè *ab initio* serà difícil o impossible el seu control, com en les que deriven de la seva condició d'habitatge habitual, que pot anar canviant en el transcurs dels decennis que pot durar una hipoteca. Allò principal és, doncs, el préstec, singularment la seva fase d'informació precontractual;¹⁵ en aquesta fase preliminar és on s'ha de fer una incidència especial, ja que la resta, en essència —i tot i que ho sigui en molt diferent mesura—, no és sinó corregir disfuncions que ja s'han produït.

La reflexió de futur és si el préstec hipotecari requereix una revisió a fons, cosa que sembla òbvia (ja que el reformat no sembla sinó una solució d'urgència)¹⁶ i, juntament amb això, en quins aspectes, ja que cada vegada sembla que es va allunyant més del que fou la seva prístina funció de mitjà de finançament i de dret de realització de valor.¹⁷

15. Ho destaca l'exposició de motius de la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial (Brussel·les, 31 de març de 2011, COM (2011) 142 final - 2011/0062 (COD) / C7-0085/11) quan indica que la Directiva 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, «afecta a las relaciones entre operadores», i la Directiva 2005/29/CE, «relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior [...] no tienen en cuenta las particularidades del crédito hipotecario ni la necesidad de que los consumidores puedan comparar la publicidad». És, doncs, clar que és aquesta fase precontractual en la que es falla en essència.

16. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, R. M. ANGUITA RÍOS, «Y de nuevo la hipoteca. Reflexiones sobre la situación actual de la institución jurídica», a D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Cizur Menor, Aranzadi i Universidad de Jaén, 2012, p. 883, que no pot deixar de preguntar-se «¿Qué está pasando con nuestro sistema hipotecario?» per a ressaltar que el que falta és transparència precontractual i que, sens dubte, la manca d'aquesta no se solucionarà llevat que canviï radicalment la Proposta de directiva europea sobre protecció dels deutors hipotecaris.

17. Ja advertia els problemes que podria tenir la hipoteca immobiliària el lletrat de la DGRN J. M. GARCÍA URBANO, «Crisis estructural del derecho real de hipoteca», a J. L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE (coord.), *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, CRPME i Marcial Pons, 1995, p. 787-802, esp. p. 799-802. Per a repassar algunes qüestions que ja aleshores exigien una reforma o una reconsideració, inclús ja parlava —i era bastant abans de la reforma operada per la Llei 41/2007— de la necessitat de «redoblar esfuerzos por efectuar una completa calificación de estas escrituras, huyendo del fácil camino de la transcripción (al modo del sistema francés) literal del clausulado escriturado». La solució ara sembla que haurà de ser —tot i que sens dubte l'agilitat i la seguretat del mercat hipotecari condicionaran qualsevol solució— inscriure només la hipoteca o respectar com s'havia fet la qualificació íntegra de l'escriptura del préstec hipotecari, encara que podria ser —per a uniformar qualificacions— un contracte tipus de préstec hipotecari (de la mateixa manera que ja hi ha uns estatuts tipus per a les societats).

2. DE LA INTERLOCUTÒRIA 13/2011 D2 (JUDICI ORDINARI)
DEL JUTJAT MERCANTIL NÚMERO 3 DE BARCELONA
DE 19 DE JULIOL DE 2011, QUE PLANTEJA LA QÜESTIÓ DE
PREJUDICIALITAT, A LA SENTÈNCIA DEL MATEIX JUTJAT
DE 2 DE MAIG DE 2013

Per a anar des de la Interlocutòria que planteja la qüestió d'inconstitucionalitat fins a la resolució del plet per la Sentència del mateix Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona, abans s'han d'analitzar també les conclusions de l'advocada general, la senyora Juliane Kokott, presentades el 8 de novembre de 2012, i la ulterior Sentència de la Sala Primera del Tribunal de Justícia de 14 de març de 2013 (assumpte C-415/11).

2.1. INTERLOCUTÒRIA DE 19 DE JULIOL DE 2011 (PONENT: J. M. FERNÁNDEZ SEIJO;
ASSUMpte 13/2011 D2; JUDICI ORDINARI), PER LA QUAL ES PLANTEJA
UNA QÜESTIÓ PREJUDICIAL ENFRONT DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA
DE LA UNIÓ EUROPEA

De la Interlocutòria resulta que el préstec hipotecari que va concedir en el seu dia l'aleshores Caixa Tarragona (ulteriorment CatalunyaCaixa i en endavant CX) va donar lloc, per incompliment en el pagament i exercici de la clàusula de venciment anticipat, a una subhasta davant del Jutjat de Primera Instància Número 5 de Martorell, en la qual s'adjudicà la finca hipotecada —pel llavors vigent 50 %—¹⁸ la mateixa CX, com a entitat executant. Inclús estava ja assenyalada la data (el dia 20 de gener de 2011) per tal que la comissió judicial procedís a espanyar la porta, si fos necessari, per a atorgar la possessió de l'immoble. També convé precisar, per la situació legislativa actual, que el deutor hipotecari únicament va arribar a pagar deu mensualitats i que al cap de tres mesos de manca de pagament de les quotes el préstec es va donar per vençut i es va reclamar el deute, extrajudicialment —per mitjà d'un telegrama entregat a un familiar. No consta que el deutor hipotecari es personés en el procediment d'execució ni que hi hagués cap motiu d'oposició.

El deutor hipotecari fou llançat del seu habitatge el gener del 2011. En el judici declaratiu ulterior, ja davant el Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona (del qual és la Interlocutòria de 19 de juliol de 2011,¹⁹ en endavant IJM3B, que planteja una qüestió prejudicial davant el TJUE), es va sol·licitar la declaració de nul·litat de la condició o

18. Per mitjà del Reial decret llei 8/2011, de mesures de suport als deutors hipotecaris, el percentatge va pujar, per a l'executant i quan fos l'habitatge habitual, fins al 60 %. Finalment, per mitjà de la Llei 1/2013 es va incrementar fins al 70 % en modificar-se de nou l'art. 671 LEC (és possible consultar els diferents texts que s'han succeït en el breu termini de quatre anys a <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>).

19. Es pot consultar a La Ley Juris 4641188/2011.

clàusula quinzena de l'escriptura de préstec hipotecari.²⁰ La IJM3B va considerar que la demanda s'havia d'integrar amb altres clàusules del préstec hipotecari (com ara la del venciment anticipat i la de la determinació de l'interès variable, i inclús les referides a les comissions i despeses que ha de suportar el prestamista) i, en conseqüència, que s'havia de declarar nul el procediment d'execució hipotecària.

No es pot desconèixer que llavors, d'acord amb l'article 698 LEC, només eren possibles com a causes d'oposició, en el procediment d'execució hipotecària, les taxes en els articles 695-697 LEC.²¹ I, a la vegada, la IJM3B ressaltava que el TJUE, basant-se en la Directiva 93/13/CE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors, des de la seva Sentència de 27 de juny de 2008 (cas *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores*, assumpte C-240/1998 a C-244/1998) «ha ido consolidando una clara tendencia jurisprudencial que habilita al juez civil para tutelar incluso de oficio los intereses de los consumidores y dejar sin efecto determinadas cláusulas que siendo condiciones generales de la contratación han de catalogarse en todo caso como abusivas».

En el seu fonament de dret vint-i-quatrè, la IJM3B es planteja «si el ordenamiento jurídico español tanto en sus aspectos materiales como procesales, cumple con el marco jurídico de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas y cuál debe ser el grado de intervención del juez frente a dichas cláusulas». ²² I, respecte a aquesta qüestió, destaca que en l'annex a la Directiva 93/13/UE, que recull detalladament les clàusules que poden ser abusives, en l'apartat *q* del punt primer es declara abusiva la clàusula per la qual se suprimeix o s'obstaculitza l'exercici d'accions judicials o de recursos per part del consumidor, i, en particular, la limitació indeguda dels mitjans de prova a la seva disposició o la imposició d'una càrrega de la prova que hauria de correspondre a l'altra part. I, a aquest efecte, el dret espanyol no permetia

20. Clàusula quinzena, gairebé idèntica a la de molts altres préstecs hipotecaris, que regula l'execució judicial i inclou la taxació de la finca, el domicili del deutor a l'efecte de les notificacions, la possibilitat de reclamar el deute tant pel procediment declaratiu com pel d'execució ordinària o hipotecària, així com la determinació del deute exigible per l'entitat financera. Amb el pacte exprés que CX pot presentar com a liquidació la que es practiqui en la forma pactada en el títol —és a dir, en la pròpia escriptura de préstec hipotecari— mitjançant el certificat oportú que reculli el deute, la qual, a més, ja havia donat lloc, abans de presentar la demanda d'execució hipotecària, a l'acta notarial de certificat de saldo deutor exigible. En la clàusula sis bis del mateix préstec hipotecari es considera la possibilitat de venciment anticipat per incompliment del deutor. Està extret tot de la Sentència del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona.

21. La regulació encara era més restrictiva en el procediment executiu extrajudicial conforme amb l'art. 236ⁿ RH, que és el desenvolupament de la denominada *venta extrajudicial* de l'art. 129 LH, article que s'ha substituït per un nou art. 129 LH després de la reforma efectuada per la Llei 1/2013.

22. Més recent i també sobre l'examen d'ofici pel jutge nacional del caràcter abusiu d'una clàusula contractual és la STJUE (Sala Primera) de 30 de maig de 2013 (assumpte C-397/11, E. Jórös *v.* Aegon), que conclou que sempre que el tribunal nacional constati «de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas [...] para cerciorarse de que el consumidor no queda vincula por ésta».

aleshores, conforme amb el text que regia de la Llei d'enjudiciament civil, al·legar el caràcter abusiu d'alguna clàusula, sinó que s'havia d'acudir a un procediment declaratiu ulterior que, per altra banda, no tenia efecte suspensiu i que, per tant, no podia impedir la pèrdua de l'immoble. La IJM3B acudeix també a la STJUE de 6 d'octubre de 2009 (assumpte C-40-08, Asturcom Telecomunicaciones, SL) i, basant-se en tot això, planteja, en resum, al TJUE, si un sistema com el d'execució hipotecària espanyol no és sinó una «limitación clara de la tutela del consumidor», que dóna contingut al concepte de *desproporció* de cara a la possibilitat de venciment anticipat en contractes de llarga duració per incompliment en un període molt limitat i concret; si la fixació dels interessos de demora amb idèntic tipus en el crèdit al consum es podria considerar abusiva; i, finalment, si s'ajusten a la legalitat els mecanismes de liquidació i fixació dels interessos variables —ordinaris o moratoris— realitzats unilateralment pel creditor.

2.2. CONCLUSIONS DE L'ADVOCADA GENERAL, JULIANE KOKOTT, PRESENTADES EL 8 DE NOVEMBRE DE 2011 (ASSUMPTA C-415/11)

Cal destacar que l'objecte d'aquestes conclusions és la interpretació de la Directiva 93/13/CE, sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors. En el número 3 de la introducció ressalta el fet que esdevindrà transcendental per a la solució final del TJUE: que el consumidor i deutor hipotecari únicament pot al·legar el caràcter abusiu de les clàusules en un procediment declaratiu separat que no influeix, ni suspèn, l'execució. Això representa, segons l'article 3.3 de la Directiva 93/13/CE, imposar al consumidor «1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: [...] e) [...] una indemnización desproporcionadamente alta [...] q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor». Dedicada, també, una especial consideració als llavors vigents articles 693 i 695-698 LEC,²³ ja que poden implicar una limitació a la protecció dels consumidors i, per tant, una infracció de la Directiva 93/13/CE. Es refereix igualment a la STJUE de 14 de juny de 2012 (cas Banesto; assumpte C-618/10; Rec. P. I-0000, apartat 39),²⁴ perquè en el procediment hipotecari, enfront del judici monitori, l'escriptura pública és el títol executiu,²⁵ i conclou provisionalment que, en efecte, la solució de la LEC —en aquell

23. Modificats per la Llei 1/2013, la seva diferent redacció abans i després es pot consultar en el següent enllaç: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>.

24. No es pot desconeixer tampoc la STJUE (Sala Primera) de 21 de febrer de 2013 (assumpte C-472/11) sobre clàusules abusives i la possibilitat que el jutge les apreciï d'ofici sense haver d'esperar que el consumidor sol·liciti la nul·litat de la clàusula, tot i que sí que està obligat, pel principi de contradicció, a oferir a les parts processals la possibilitat de debatre de forma contradictòria «según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

25. En realitat i des de la reforma operada en l'art. 130 LH per la Llei 41/2007, és ampli el sector que defensa que és un procediment eminentment registral i que, per tant, només s'hauria de poder executar

moment vigent— és perjudicial per al consumidor perquè posteriorment és «de muy difícil o imposible reparación».

La segona qüestió prejudicial que es planteja és sobre el concepte de *desproporció*, terme utilitzat en l'apartat 1e de l'annex a la Directiva 93/13/CE, tot i que la mateixa advocada general, Juliane Kokott, l'entén en el sentit més ampli, considerat en l'article 3.1 de la mateixa Directiva, de «desequilibri» entre els drets i les obligacions contractuals, que únicament en el cas concret de les indemnitzacions és substituït, en l'apartat 1e de l'annex a la Directiva, per «desproporció», i conclou, per a aquesta segona qüestió, que correspon a l'òrgan jurisdiccional nacional la seva apreciació, d'acord amb el dret aplicable al contracte.

Els altres dos extrems que també es plantegen són els relatius a la clàusula de venciment anticipat i als interessos de demora. Respecte a aquesta qüestió, precisa que per al *venciment anticipat* s'ha de determinar si és una clàusula habitual en el tràfic jurídic —a la qual cosa es podria contestar que estava i segueix present, tot i que amb una nova redacció,²⁶ en la totalitat dels préstecs hipotecaris i amb una redacció quasi idèntica—, si respon a una causa objectiva i si significa una alteració de l'equilibri contractual en favor de qui exerceix la clàusula, amb desprotecció per al consumidor. Atribueix a l'òrgan jurisdiccional nacional l'apreciació del possible caràcter abusiu. Respecte dels *interessos de demora*, es parteix del fet que el prestatari incorre en mora, sense necessitat d'intimació, i en el cas concret es passa d'un interès ordinari del 4,87 % a l'interès de demora del 18,75 % (en la pràctica creditícia hi ha diferents opcions, enfront de la unanimitat que es dona en el venciment anticipat, ja que algunes vegades l'interès de demora és de sis o més punts que l'ordinari i altres vegades inclús hi ha tipus de demora del 29 %). Aquí es remet a la comparació amb l'interès legal dels diners²⁷ que ha de realitzar l'òrgan jurisdiccional nacional i, a més, a si la «alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Finalment, s'examina la *clàusula de determinació unilateral de l'import del deute*. És també el jutge nacional qui ha de determinar el possible caràcter abusiu del deute examinant totes les circumstàncies del cas, però prenent com a criteri la situació que es donaria «si el contrato no contuviera la cláusula controvertida» i «las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el derecho procesal nacional».

conforme amb el que està inscrit. Amb els conseqüents efectes, entre altres, pel que fa a la inexecutabilitat dels préstecs hipotecaris de les entitats de crèdit que s'han fusionat o han estat absorbides per altres quan el préstec hipotecari no consti inscrit a favor de la nova entitat de crèdit reclamant, sens perjudici que es pugui esmenar mitjançant la inscripció, això sí, amb els conseqüents costos aranzelaris.

26. La nova redacció resulta de l'aplicació de l'art. 693.1 LEC, d'acord amb la nova redacció donada per la Llei 1/2013.

27. El seu tipus en els últims tres lustres es pot conèixer a través de l'enllaç del Banco de España: <http://www.bde.es/clientebanca/tipo/referencia/otros_legal.htm>. Per al 2013 és del 4 %.

2.3. SENTÈNCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE 14 DE MARÇ DE 2013 (ASSUMPT E C-415/11), QUE RESOL LA QÜESTIÓ PREJUDICIAL PLANTEJADA PER LA IJM3B²⁸

Aquesta Sentència declara, recollint les conclusions de l'advocada general, Juliane Kokott, que s'oposa a la Directiva 93/13/CEE la normativa d'un estat membre (cas d'Espanya) que, a la vegada que no preveu, en el marc de l'execució hipotecària, «la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite al juez que conozca del proceso declarativo [...] [la adopción de] medidas cautelares [...] [entre ellas] la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final». En efecte, a Espanya, en el procediment d'execució hipotecària no es considerava tal possible oposició i, a més, contendre posteriorment en el corresponent judici declaratiu ordinari, després d'haver-se vist privat de l'habitatge o immoble hipotecat, podia ser ineficaç —pel que fa a la recuperació de l'habitatge—, atès que podia haver sorgit ja la figura del tercer hipotecari (cfr. article 34 LH). Però inclús sense això era carregar, al propietari de l'immoble executat, un nou procediment de dubtoses conseqüències pràctiques i, sens dubte, sense poder aconseguir ja la pretensió inicial, que era no veure's privat de l'habitatge hipotecat. I, finalment, i cosa tan rellevant, precisa que *per a determinar si hi ha desequilibri* entre prestamista i consumidor ha de «comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual». En la pràctica es pot dir que és una clàusula que mai no es negocia, o si més no que mai no s'aconseguia modificar, ja que no es pot oblidar que els préstecs hipotecaris són contractes prerredactats per l'entitat de crèdit, amb condicions generals i en què, llevat d'alguns elements essencials, com el termini de venciment, el tipus de referència, el diferencial i algunes comissions (pràcticament només la d'obertura i les d'amortització o desistiment anticipat, total o parcial),²⁹ en tota la resta no hi ha sinó una mera adhesió, ja que els interessos de demora són sem-

28. Vegeu, des d'una òptica registral, C. BALLUGERA GÓMEZ, «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I)», *Diario La Ley*, núm. 8078 (8 maig 2013), p. 1-10, document en línia; i, des de l'òptica processal, M. J. ACHÓN BRUÑEN, «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8065 (18 abril 2013), p. 1-8.

29. Això sempre que no es tractés, inclús així s'anunciava, del que es denominava un «paquete cerrado», en què, justificats els ingressos, domiciliades les nòmines i contractats alguns altres productes, s'oferia el préstec hipotecari en unes condicions econòmiques més avantajoses que les ordinàries (o susceptibles de negociació individualitzada), a canvi de limitar-se a la mera adhesió d'allò ofertat. Tampoc no es pot negar que molt possiblement al consumidor, comparada aquesta oferta amb una altra en què sí que fos possible certa negociació individualitzada, li interessava més l'ofertada com a «paquete cerrado» de mera adhesió. Però aquí ja es tractaria de delimitar entre l'adequada informació precontractual que li permetés confrontar les ofertes i el que és la negociació individualitzada de cada clàusula o, si més no, de les essencials.

pre els mateixos i per a qualsevol deutor, sigui quina sigui la seva solvència o l'import o la duració del préstec hipotecari.

La STJUE de 14 de març de 2013 conclou que l'article 3.3 de la Directiva 93/13/CEE, en la seva remissió a l'annex, «sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».³⁰

30. Així, cal al·ludir a les *sobregaranties* (singularment quan s'hipoteca més d'una finca, havent-se ja taxat l'habitatge l'adquisició del qual es finança en més del 80 %, o la fiança que dura tota la vigència del préstec hipotecari quan la finca ja garanteix amb escreix el deute, etc.). Respecte a aquesta qüestió, vegeu el text del magistrat de la Sala Primera del Tribunal Suprem Francisco Marín Castán a *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio*, Madrid, 8 de maig de 2013, p. 15, quan es planteja el «posible carácter abusivo de los préstamos hipotecarios con sobregarantías (artículo 82.4 del Real Decreto legislativo 1/2007 sobre consumidores) sobre todo en los casos en que el valor de tasación del bien hipotecado ya cubría el importe del préstamo»; i, si se'm permet, Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Causas del sobreendeudamiento de la persona física y posibles soluciones», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44 (juliol-agost 2012), p. 32-35. I, també, vegeu la qüestió de la sobregarantia en les denominades *clàusules sòl*, que la STS (Sala Primera) de 9 de maig de 2013 (Rec. 485/2012) no ha resolt definitivament com a conseqüència de negar efectes retroactius, retroactivitat que sí que apliquen múltiples jutjats de primera instància en plena coherència amb els que són i han estat efectes típics, i indiscutibles, de la nul·litat, i amb el fet que la clàusula sòl en si mateixa és contrària a l'ordre públic econòmic i a l'art. 1255 CC (al marge de les discussions doctrinals sobre fins a quin punt pot ser abusiva i, en concret en el dret intern espanyol, pot afectar un element essencial). Ho és perquè impedeix que les mesures de política econòmica dirigides a reduir els interessos remuneratoris es puguin traslladar al consumidor, cosa que sí s'aconseguiria —i garantiria la rendibilitat a les entitats de crèdit— amb un diferencial que en lloc de ser d'un quart de punt fos de quatre punts o dels que escaiguessin, inclús amb bonificacions; per tant, en si mateixa la clàusula sòl és abusiva perquè grava desproporcionalment el consumidor, atès que l'efecte pretès pel creditor es pot aconseguir amb una altra modulació del diferencial. És especialment interessant el comentari de S. CÁMARA LAPUENTE, «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», <www.uclm.es/centro/cesco>, p. 1-16. I, finalment, vegeu la STJUE (Sala Quarta) de 30 de maig de 2013 (assumpte C-604/11), ja que no és infreqüent —sobretot en alguns promotors immobiliaris mitjans o petits— que juntament amb el préstec hipotecari es contracti també un *swap* (o contracte de permuta financera destinat a protegir les variacions dels tipus d'interès corresponents als productes financers), que resol que, d'acord amb l'art. 19.9 de la Directiva 2004/39/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de juliol de 2004, relativa als mercats d'instruments financers, és imprescindible que, per tal que no siguin aplicables les seves obligacions, s'ha de considerar que «un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente» (cosa que difícilment sembla que es doni en un préstec hipotecari per a finançar la construcció). Tot el que s'acaba de dir, unit al fet que la informació ha de permetre una valoració del risc per al client, i, a més, d'acord amb l'art. 4.1.4 de la Directiva 2004/39/CE, s'ha d'entendre com un servei d'assessorament financer en matèria d'inversió, mentre que a la pràctica el que hi havia era una operació vinculada a la concessió del préstec hipotecari, sense que es proposés fer cap inversió, sinó només obtenir el préstec hipotecari en les millors condicions. En qualsevol cas, és l'ordenament jurídic de cada estat membre el que ha de regular les conseqüències contractuals, i aquí crec que tenen una gran rellevància la causa i la «recognoscibilitat» de l'error (singularment quan és un client habitual de qui es coneixen els hàbits i les preferències, motiu pel qual el canvi hauria de ser especialment justificat), error que es pot dissipar mitjançant el consentiment informat.

2.4. SENTÈNCIA DEL JUTJAT MERCANTIL NÚMERO 3 DE BARCELONA DE 2 DE MAIG DE 2013 (ASSUMPTE 13/2011 D2; JUDICI ORDINARI)

Després de resoldre la qüestió prejudicial, la Sentència declara nul·les per abusives les clàusules relatives a la fixació dels interessos moratoris, la del venciment anticipat per un sol incompliment³¹ i, per acabar, la de liquiditat que permetia la determinació unilateral per part del prestamista de la quantitat exigible.

2.5. LES SENTÈNCIES DE PRIMERA INSTÀNCIA DESPRÉS DE LA STJUE DE 14 DE MARÇ DE 2013 FINS A LA REFORMA OPERADA PER LA LLEI 1/2013³²

Tot i que es va admetre el caràcter vinculant de la TSJUE de 14 de març de 2013, no quedava clar com s'havien d'aplicar les tres qüestions presents:³³

a) La clàusula sobre el *venciment anticipat*, singularment quan, inclús en l'hipotètic cas que s'hagués començat amb una sola quota, ja fossin més de tres les vençudes, per la qual cosa sembla que s'hauria de prosseguir el procés d'execució.

b) La fixació dels *interessos de demora*. Diversos van ser els remeis utilitzats amb aquesta finalitat abans de la STJUE, i en part s'hauran de seguir utilitzant. Així, es va arribar inclús a acudir a la Llei de crèdit al consum,³⁴ malgrat que exclouïa els préstecs hipotecaris, però el problema era, i continua sent,³⁵ si escau aplicar l'arti-

31. Cal recordar que va admetre aquest venciment anticipat, amb la manca de pagament d'una sola quota, la STS de 19 de desembre de 2009.

32. Foren resolucions judicials pioneres perquè van suspendre la tramitació del procés d'execució hipotecària, la Providència del Jutjat de Primera Instància Número 6 de Palma de Mallorca de 15 de març de 2013, la Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància Número 13 de Madrid de 15 de març de 2013, la Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància Número 3 d'Arrecife de 21 de març de 2013 i la Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància Número 4 d'Arrecife de 8 d'abril de 2013.

33. La Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància Número 50 de Barcelona de 5 de juny de 2013, després de parlar de «giro copernicano absoluto e insólito en la historia española» i passar a examinar la nova realitat resultant de la STJUE de 14 de març de 2013, en la seva part dispositiva declara la «nulidad sobrevenida de dicho proceso de ejecución hipotecaria, y, en consecuencia, ordeno el archivo inmediato [...] e invito a las partes a debatir de manera contradictoria en el juicio declarativo ordinario el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora, vencimiento anticipado o cualquier otra que consideren abusiva».

34. Una mostra d'això que s'ha manifestat pot trobar-se en la Interlocutòria núm. 4/2011, de 21 de gener de 2011, de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona. La regulació actual es troba en l'art. 20.4 de la Llei de contractes de crèdit al consum, on es fixa el límit en el 2,5%. Per als préstecs i crèdits hipotecaris, el nou tercer paràgraf de l'art. 114 LH, introduït per la Llei 1/2013, el fixa en tres vegades l'interès legal del diner.

35. En gran manera queda resolt pel nou art. 114 LH, després de la reforma operada per la Llei 1/2013, però no està totalment solucionat, atès que pot començar sent hipotecat l'habitatge no habitual i acabar-ho sent l'habitatge habitual.

cle 1108 CC, si es declara el seu caràcter abusiu. En tot cas, el que sembla incongruent, doncs, no es dóna en el supòsit de fet, perquè sí que es van convenir interessos; una altra cosa és que s'hagin declarat abusius: si es meriten interessos de demora, sí que són abusius. I una qüestió diferent és que, si es declaren nuls —i no es pot suplir la seva meritació acudint a altres mecanismes—, el que sí serà lògic dins dels efectes de la nul·litat és que se segueixi retribuïnt el capital que segueix, com que no ha estat retornat, encara prestat, és a dir, escauran les conseqüències habituals de la declaració de nul·litat i la necessitat de reintegrament de les prestacions,³⁶ que, en la mesura que el capital segueix prestat, haurà de ser amb l'interès remuneratori que s'hagi pactat.³⁷

c) La *liquidació unilateral del prestador sobre l'import del deute impagat*: pot plantejar problemes des de l'òptica que es concedeix una situació especial —es podria pensar que inclús privilegiada— a certs prestadors, en concret a les entitats de crèdit. No es pot desconèixer que l'acta notarial de certificació del saldo deutor es limita a constatar la conformitat d'allò liquidat amb allò pactat, però, en tot cas, l'acta notarial no certifica la regularitat o veracitat que els apunts comptables són correctes, atès que aquests són facilitats per la mateixa entitat creditora.

Finalment i com a pressupòsit de fet, cal dir que tot això parteix del fet que l'hipotecant ha de ser «consumidor», i cal tenir present que no només ho són les persones físiques.³⁸

3. REFLEXIONS DE FUTUR: EL CONTROL *EX ANTE* DE LES POSSIBLES CLÀUSULES ABUSIVES I LA IMPRESCINDIBLE RECONFIGURACIÓ DE LA FASE DE REALITZACIÓ DE VALOR

Davant la situació en què ha quedat el procediment hipotecari (i, amb aquest, la hipoteca immobiliària) després de la STJUE de 13 de març de 2013,³⁹ la reflexió de futur que escau és com es pot aconseguir que la hipoteca com a dret de realització

36. En el text ja ressenyat *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas*, p. 20, es diu que el «juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas».

37. A *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas*, p. 21, es considera que els interessos remuneratoris formen part del preu, «de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia», cosa que ja fa la citada STS de 9 de maig de 2013, sobre les clàusules sòl.

38. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de 'consumidor' en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1 (març 2011), p. 84-117 (accessible a: <<http://www.uc3m.es/cdt>>).

39. Com ha dit E. CORDERO, «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», <blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales>, «Notas jurisprudenciales», p. 1-9. Inclús es podria afegir: i com es fa en el moment inicial de constitució de la hipoteca en una escriptura pública?

de valor sigui una garantia eficient, i és discutible que en qualsevol procediment o procés de reclamació de deute hipotecari s'hauran de controlar les clàusules abusives o inclús s'hauran de declarar d'ofici.

A aquest efecte, la primera mesura ha de ser aconseguir que la possibilitat d'allegar o de trobar d'ofici una clàusula abusiva sigui un supòsit autènticament excepcional (al marge que es pugui invocar amb l'ànim de dilatar el procés d'execució), per això és necessària una adequada informació precontractual (que només poden facilitar l'entitat de crèdit i el notari, ja que és davant d'ell que es dóna el consentiment i ja queda perfeccionat el contracte)⁴⁰ i un adequat control *ex ante*, és a dir, en el moment de la constitució de la hipoteca en una escriptura pública.⁴¹ No obstant això, no es poden oblidar, respecte de l'actuació notarial i inclús de la dels registradors de la propietat,⁴² les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 19

40. No és la millor direcció en aquest sentit la Sentència de l'Audiència Nacional (Sala Contenciosa Administrativa, Secció Tercera, Rec. 651/2011) de 5 de març de 2013, sobre el control de la legalitat pels notaris conforme amb l'Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, la qual declara la nul·litat de part del primer paràgraf de l'apartat 3 de l'art. 30 d'aquesta Ordre, que deia: «derivado de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente». La veritat és que la funció notarial va continuar sent exactament la mateixa abans i després d'aquesta Sentència, atès que no depenia d'aquesta Ordre, ni pot ser el control de la legalitat notarial una altra cosa diferent de la que és avui. Els millors arguments es troben a R. VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, esp. p. 209-233, ja que el notari no és que pugui, sinó que ha de, perquè és inherent al mateix concepte de *notari*, controlar la legalitat. És per això que es requereix la seva actuació. Cosa que, per altra banda, no impedeix que altres funcionaris, inspectors d'hisenda (en liquidar els impostos), registradors de la propietat (en inscriure la hipoteca) o jutges (en impugnar-se la hipoteca) quedin privats de complir la seva funció, que és de naturalesa diferent i no concurrent. Així és inclús segons la dicció de l'actual art. 130 LH (modificat per la Llei 41/2007). No es pot desconèixer, encara que sembli una obvietat, que s'ha de constituir la hipoteca en una escriptura pública i s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat. Sense aquesta inscripció —ja ho deia l'art. 1875 CC— no gaudeix de la totalitat dels seus efectes (o, el que és el mateix, no queda «vàlidament constituïda»), però això no vol dir que tal hipoteca no existeixi: existeix amb uns efectes molts més limitats, però no sense cap i, sens dubte, com a hipoteca, tal com proclamen les sentències del Tribunal Suprem de 13 de juliol de 1984 (escriptura de la hipoteca anterior a la data de retroacció de la fallida, tot i que inscrita posteriorment) i 18 d'octubre de 2007 (Rec. 4494/2000), en què es constata que la hipoteca no inscrita no és oposable enfront de tercers, però no exclou que sigui oposable en la mesura que és una escriptura pública. Més rellevant en el reconeixement de la funció notarial és la Sentència del Tribunal Constitucional Federal d'Alemanya (Sala Primera, 1 BvR 3017/09) de 19 de juny de 2012 (vegeu-la a <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120619_1bvr301709.html>; última consulta: 30 juny 2013).

41. Respecte a aquesta qüestió, vegeu J. GÓMEZ GALLIGO, «Control notarial y registral de condiciones generales nulas por abusivas», *El Notario del Siglo XXI* (novembre-desembre 2011), p. 74-80, esp. p. 77-79, per la referència a la situació jurídica en aquest moment.

42. Per a la seva funció de control cal acudir a E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La función preventiva de los registradores contra las cláusulas abusivas», accessible a través de la pàgina d'Internet <<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-causulas-abusivas-registradores.htm>> (última consulta: 30 juny 2013).

d'abril de 2006 i 24 de juliol de 2008,⁴³ que limitaven, per a no dir que exclouïen, el control de les clàusules abusives, llevat que fos evident la seva contradicció amb una norma imperativa o prohibitiva. Inclús es va arribar a legislar —com ja s'ha dit— imposant a través de l'article 12 LH (amb l'argument d'uniformar les qualificacions registrals, segons la redacció donada per la Llei 41/2007) la «transcripció» de les clàusules de venciment anticipat.⁴⁴ Però la veritat, cal reiterar-ho, és que l'única causa de venciment anticipat, en la pràctica, és la manca de pagament.

El que s'oculta en aquest marc registral i inclús legislatiu, i que no es pot obviar, és que quan es concedeix un préstec hipotecari no es pot actuar de la mateixa forma en el moment d'instrumentar-lo notarialment que en el moment d'inscriure'l o de jutjar-lo, encara que només sigui per la previsibilitat que requereix l'agilitat del tràfic mercantil. I, sens dubte, no es poden admetre les clàusules declarades judicialment abusives (però seria necessari que constituïssin doctrina jurisprudencial), ni es poden admetre les que evidentment contradiguin una norma prohibitiva o imperativa, però el problema persistirà quan no s'estigui davant de situacions tan evidents. La tasca notarial ha d'estar presidida per la prudència, no tant per la imposició dels propis criteris, i a més s'ha d'ajustar a les resolucions del Tribunal Suprem i a les de la mateixa Direcció General dels Registres i del Notariat, sens perjudici que fonamentadament es pugui apreciar alguna nova situació jurídica i de clàusula abusiva.⁴⁵

43. Citades per J. GÓMEZ GÁLLIGO, *Control notarial*, p. 78, i també per E. ESTRADA ALONSO i I. FERNÁNDEZ CHACÓN, *El futuro de la ejecución hipotecaria*, p. 1467. En les ja més recents resolucions d'1 d'octubre i 4 de novembre de 2010, com en la d'11 de gener de 2011, referides a la hipoteca inversa, es ressalta, no obstant la vigència de l'art. 12 LH, la funció qualificadora del registrador en relació directa amb el procediment d'execució hipotecària, però el cert és que aquesta STJUE de 14 de març de 2013 deixa patent que això no és suficient, perquè no es pot desconèixer que ni notaris ni registradors tenen funció jurisdiccional, i tot i que la clàusula abusiva determina la nul·litat del pacte, encara que sigui parcialment, la seva declaració ferma només pot ser judicial, i per això el mercat hipotecari es ressentiria greument si es concedís el préstec hipotecari (que en la pràctica actua com a contracte tipus, preredactat i de gairebé mera adhesió) en el moment de la firma. És estrany que el consumidor utilitzi la possible prèvia informació precontractual quan el que necessita és el préstec hipotecari per al pagament de l'import pendent de l'adquisició que es va iniciar amb la paga i senyal per a adquirir l'habitatge i, per tant, el no-pagament pot ocasionar la pèrdua. La solució ve donada, doncs, per una delimitació legal clara del que no és admissible. Reitero que els préstecs hipotecaris, al marge de la multiplicitat d'entitats de crèdit, funcionen com un autèntic contracte tipus. Per la seva part, C. BALLUGERA GÓMEZ, «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (II)», *Diario La Ley*, núm. 8081 (13 maig 2013), p. 15-17, document en línia, crida a l'autocrítica i a la necessitat que l'LH faci una declaració expressa que s'ha de denegar «la inscripción de aquellas cláusulas nulas por abusivas de conformidad con lo dispuesto por el art. 82 TRLGDCU y ello sin necesidad de una previa declaración judicial de nulidad».

44. Per a l'àmbit del control de la legalitat pels notaris i registradors cal acudir a J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, «Sub art. 84 - Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas», a S. CÁMARA LA-PUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 774-781.

45. Han estat rellevants la STS de 29 de desembre de 2010 (Rec. 1074/2007), sobre el caràcter abusiu de l'arrodoniment a l'alça, i la Sentència inscrita —després de molt de temps des que es va dictar— en el

El nou procediment configurat per la Llei 1/2013 soluciona el mínim imprescindible, pel que fa a la tutela del consumidor: per exemple, el percentatge mínim de deute que s'ha d'extingir si l'adjudicatària és l'entitat creditora; la possibilitat que l'hipotecant recuperi part de l'import si posteriorment es revèn la finca que fou hipotecada; en els supòsits en què es tracti de l'habitatge habitual, ja la mateixa Llei 1/2013 fixa els límits de l'interès de demora, inclús el mínim de quotes impagades per a poder-lo donar per vençut. Però això no és suficient: l'entitat de crèdit, el prestamista, sense disminuir les garanties del consumidor també requereix certesa i agilitat en la recuperació del seu deute, i aquesta crisi pot significar per a la hipoteca el que s'ha dit abans i el reconeixement de la «voluntat rebel» com a conseqüència necessària de la tutela judicial efectiva, quan les adquisicions de l'habitatge habitual es finançaven mitjançant lletres de canvi amb condició resolutòria.

Segurament caldran noves solucions:⁴⁶ el dret francès, que encara exclou el pacte comissori just per a l'habitatge habitual, ja l'ha considerat en la seva modalitat de pacte marcià; aquí la hipoteca ha quedat encara més en dubte en la seva fase de realització de valor, i juntament amb solucions extintives del deute que impliquen la privació de l'habitatge, també sembla possible i necessari trobar vies de novació que permetin continuar gaudint de l'habitatge, encara que hagi de ser per mitjà d'altres títols diferents del de propietari, com ara el d'arrendament amb opció de compra, l'usdefruit amb facultat de disposició, la copropietat, etcètera, però l'execució hipotecària com a tal no ofereix ja cap garantia sòlida ni per al creditor ni per al deutor, el qual, junt amb la certesa d'obtenir un valor molt per sota del de mercat —cosa que deixa subsistent part del deute, i la dació en pagament no pot ser la solució—, també veu com es queda sense habitatge.

Reglament de condicions generals de la contractació de 16 de desembre de 2009 (Rec. 2114/2005), de la qual resulta clar que tan sols correspon a jutges i tribunals el control de la validesa de les clàusules generals.

46. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, F. J. SOSPEDRA NAVAS, «Las perspectivas de reforma del proceso especial de ejecución hipotecaria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853 (2012) (comentari), p. 1-2.