



Roj: STS 3412/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3412
Id Cendoj: 28079119912016100018
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 1668/2014
Nº de Resolución: 483/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

CASACIÓN núm.: 1668/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 483/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En Madrid, a 14 de julio de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca. El recurso fue interpuesto por la entidad Banco Santander S.A., (entidad absorbente de Banco Español de Crédito S.A.), representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo. Es parte recurrida Lorenza , representada por la procuradora Delia Villalonga Vicens.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. 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)

»2.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2. El procurador Francisco Tortella Tugores, en representación del Banco Español de Crédito Banesto S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia: «desestime íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Lorenza imponiendo las costas a la parte actora».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca dictó Sentencia con fecha 3 de enero de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que con estimación íntegra de la demanda presentada por el Procurador don Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de doña Lorenza, contra la entidad bancaria Banco Español de Crédito (Banesto), S.A., debo declarar y declaro la nulidad por abusiva de la estipulación número 11 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 31 de enero de 2005 por doña Lorenza en una sucursal de la entidad bancaria Banesto, estipulación que reza: »"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 otorgante, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

»a) Los valores en que se tasan 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".

»Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1. 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.).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, mediante Sentencia de 12 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1) Que debemos desestimar y desestimamos 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 nº 1 de Palma, en los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación, de los que trae causa el presente rollo.

»2) Debemos confirmar íntegramente dicha resolución.

»3) No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada, y con pérdida del depósito constituido para recurrir».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1. 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 LCE, en relación con la doctrina jurisprudencial del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo que descarta la necesidad 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».

2. Por diligencia de ordenación de 18 de junio de 2014, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander S.A. (entidad absorbente de Banco Español de Crédito S.A.), representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida Lorenza , representada por la procuradora Delia Villalonga Vicens.

4. Esta Sala dictó Auto de fecha 5 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Banco Santander S.A.", dado que se han justificado los presupuestos que determinan el acceso al recurso».

5. Dado traslado, la representación procesal de Lorenza , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Por providencia de 27 de abril de 2016 se acordó someter el conocimiento del presente recurso a Pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose a tal fin el 22 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

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 es el 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 tasan 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. El 20 de noviembre de 2012, la Sra. Lorenza 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. 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 bastaba 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 ; ni tampoco que pueda interesarse por el prestatario el beneficio de justicia gratuita para nombrar un abogado que le asista.

3. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la referida estipulación 11ª. Entiende 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.

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por el Banco. La Audiencia desestima el recurso y confirma la declaración de nulidad de la estipulación 11ª.

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 2013 (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 11 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 2012) 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.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el banco demandado, sobre la base de cinco motivos.

SEGUNDO. *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo* . El motivo se funda en la infracción del art. 80

TRLUCU, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , al haberse aplicado indebidamente el control de transparencia sustantiva o de comprensibilidad real propio de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

La sentencia recurrida aplica el control de transparencia a una cláusula 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.

Según el recurrente, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula es predicable únicamente de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En relación con el resto de las cláusulas del contrato, la obligación de transparencia exigible es la prevista en los requisitos de incorporación en el art. 5 LCGC, 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.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . La estipulación objeto de controversia, la 11ª, no se refiere al objeto principal del contrato, sino a la posibilidad convenida por las partes de que, en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de devolución de las cuotas pactadas, el acreedor pudiera instar la ejecución o venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH .

El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y 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.

Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de 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).

Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por sentencias posteriores, entre ellas las Sentencias 138/2015, de 24 de marzo , y 222/2015, de 29 de abril . Esta última ofrece una explicación del sentido y

alcance de este control de transparencia: «que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.» El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), 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.

»Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Esta configuración jurisprudencial del control de transparencia es acorde con la interpretación que sobre los preceptos de la directiva afectados ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias de 30 de abril de 2014, (asunto C-26/13), y de 23 de abril de 2015, (asunto C-96/14). Esta última advierte que, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Y condiciona la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».

3. Pero, como se ha señalado en la doctrina, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al art. 4.2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, 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 no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

4. Ahora bien, en el presente caso, la sentencia recurrida ha declarado abusiva la cláusula (estipulación 11ª) no sólo por la aplicación indebida del control de transparencia, sino también por la aplicación del control de contenido. Por ello, aunque tenga razón el motivo al aducir que no procedía aplicar el control de transparencia, no cabe la estimación del recurso sobre la base de este motivo primero.

TERCERO. *Motivo segundo de casación.*

1. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del apartado 3 del art. 82 TRLCU, en relación con el apartado 1, porque 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.

En su desarrollo, en atención al carácter individual de la acción ejercitada, se aduce que 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. En este caso, ni se ha discutido la validez del resto de cláusulas, ni el juez de primera instancia apreció de oficio la abusividad de cualquier otra cláusula contractual.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. Conviene advertir que la demanda tan sólo pretende que se declare la nulidad, por su carácter abusivo, de la estipulación 11ª del contrato de préstamo hipotecario. La justificación de su abusividad radica en que esta estipulación habilita al acreedor hipotecario para acudir, en su caso (vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario), a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH, que ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas.

Cuando se interpuso la demanda estaba a punto de concluir la venta y adjudicación del bien garantizado, lo que ocurrió antes de que se proveyera la demanda. La demanda no indicaba qué concretas cláusulas consideraba abusivas, respecto de las que, de haber tenido un cauce procesal adecuado, hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución, como ocurrió en el caso Aziz que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Esta observación es muy relevante porque se ha ejercitado una acción individual que requiere de un juicio concreto sobre la abusividad de la cláusula, en atención al eventual desequilibrio que provocaba.

Como veremos a continuación, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. Así, la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, *Kuřionová*), entiende:

«las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente».

3. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, *Kuřionová*), 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)».

Y en relación con el principio de efectividad, la STJUE de 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, *Sugár*), entiende que:

«(...) cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (véase, en particular, la sentencia *Pohotovos*, C-470/12, EU:C:2014:101, apartado 51 y jurisprudencia citada).

»Así pues, procede determinar si, en una situación como la del litigio principal, 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 93/143 ».

Sobre estos medios, y respecto de la objeción planteada de que un sistema de ejecución notarial impide el control judicial de oficio, las SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kuřionová) y de 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár) primero advierten 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 (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 39 y jurisprudencia citada, y Pohotovos, C-470/12, EU:C:2014:101, apartado 40 y jurisprudencia citada), el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor». Y luego, la STJUE de 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár) concluye que «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 que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kuřionová), el Tribunal de Justicia entendió suficiente que la normativa aplicable 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.

4. En nuestro caso, la cláusula cuestionada, la estipulación 11ª (transcrita en el fundamento jurídico primero), 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 los correspondientes preceptos del Reglamento Hipotecario (art. 234 y ss.).

La regulación contenida en el art. 129 LH ha variado de cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario (31 de enero de 2005), en que se incluyó la reseñada estipulación 11ª, y se instó la ejecución extrajudicial (8 de mayo de 2012), al momento presente.

En su originaria redacción, el precepto no contenía ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas. El tenor literal del art. 129 LH era el siguiente:

«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario»

Las normas del Reglamento Hipotecario, contenidas en los arts. 234 y siguientes, no prevenían tampoco la oposición por razón del carácter abusivo de las cláusulas que incidieran en la ejecución.

Por contraste, 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:

«1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse:

a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V.

b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

»2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación.

f) Cuando el Notario considerase 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, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, 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 artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal.

h) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

De este modo, aunque el art. 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual dota de facultades al consumidor para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido.

Como, por otra parte, tampoco existían estas medidas en la ejecución judicial antes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, lo que motivó que la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11 , Aziz) concluyera:

«la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, 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 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 para regular el procedimiento, 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, con la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

5. Conviene advertir que el eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del art. 129 LH , dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí. En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo que el Tribunal de Justicia encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13 [STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C- 34/13 , Ku? ionová)], debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el art. 129 LH , y por ello sería negativo. Mientras que en las ejecuciones abiertas bajo el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio art. 129 LH .

Lo anterior resalta que estamos ante una acción individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso.

6. A la vista de lo anterior, en el presente caso nos encontramos con que sólo se pide la nulidad de la estipulación 11ª, y 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, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.

7. De acuerdo con lo anterior, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de apelación, y en su lugar acordar la estimación del recurso de apelación formulado por Banesto (ahora Banco Santander), en el sentido de tener por desestimada la demanda.

CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

2. Estimado el recurso de apelación formulado por Banesto (ahora Banco Santander), tampoco procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Aunque la demanda ha resultado desestimada, en atención a las lógicas dudas que la cuestión suscitaba, se estima oportuno no imponer las costas a ninguna de las partes (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Banco Santander, S.A. (antes Banesto) contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 5ª) de 12 de mayo de 2014 (rollo núm. 138/2014), que dejamos sin efecto.

2º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. (antes Banesto) contra la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014 (juicio ordinario núm. 748/2012), que dejamos sin efecto.

3º Desestimar la demanda formulada por Lorenza contra Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), en la actualidad Banco Santander, S.A., a quien absolvemos de todas las pretensiones ejercitadas contra él.

4º No hacer expresa condena respecto de las costas de los recursos de apelación y de casación, ni tampoco de las generadas en primera instancia, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz Pedro José Vela Torres Fernando Pantaleón Prieto Xavier O' Callaghan Muñoz