

Id. Cendoj: 07040370052014100138

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Palma de Mallorca

Sección: 5

Nº de Recurso: 138/2014

Nº de Resolución: 143/2014

Fecha de Resolución: 12/05/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: MATEO LORENZO RAMON HOMAR

Tipo de Resolución: Sentencia

Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00143/2014

Rollo Apelación 138/2014

SENTENCIA Nº 143

ILMOS.SRES.:

PRESIDENTE:

D. Mateo Ramón Homar.

MAGISTRADOS:

D. Santiago Oliver Barceló.

Dª. Covadonga Sola Ruíz.

En Palma de Mallorca, a doce de mayo de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 748/2012, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 138 2014, en los que aparece como parte apelante, BANCO DE SANTANDER, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FRANCISCO TORTELLA TUGORES y asistido por el Letrado D. MANUEL GARCIA- VILLARRUBIA BERNABE; y como parte apelada, Dª Delia , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. SANTIAGO BARBER CARDONA y asistida por el Letrado D. CARLOS HERNANDEZ GUARCH.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Mateo Ramón Homar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 en fecha 3 de enero de 2014, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que con estimación íntegra de la demanda presentada por el Procurador don Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de doña Delia , 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 Delia 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 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" .

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

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 8 de abril del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la complejidad de la cuestión debatida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA y ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN PRIMERA INSTANCIA.

A tal efecto, reproducimos los acertadamente recogidos en la sentencia de instancia:

1. En el presente procedimiento la parte demandante ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones

generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia declare la nulidad de la estipulación número 11 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 31 de enero de 2005 por doña Martina en una sucursal de la entidad bancaria Banesto. La citada cláusula contractual reza lo siguiente:

" Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario , los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

a) Los valores en que se 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".

Argumentos de la parte demandante favorables a la declaración de nulidad :

- El procedimiento de ejecución extrajudicial vulnera o, como mínimo, limita los derechos de los consumidores y usuarios : argumenta la parte demandante que la inclusión de la estipulación número 11 del contrato, en el que se remite al procedimiento de la venta extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) en caso de ejecución por falta de pago de las cuotas hipotecarias, es nula porque cercena o limita los derechos de ius cogens, y por tanto indisponibles, de los que dispone el consumidor. En este sentido, considera que es nula la citada estipulación por los siguientes motivos:

Señala que previendo el artículo 129 de la LH que en caso de falta de cumplimiento de la obligación de pago de la obligación garantizada con hipoteca, y que las partes acuerdan acudir al procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado ante Notario previsto en el citado artículo, dicho pacto no puede presumirse existente cuando estamos en presencia de una condición general de la contratación, limitando asimismo el derecho del consumidor a que el proceso de ejecución sea tramitado ante un juez (artículo 86.7 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobada por el Real Decreto Legislativo 1 /2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), puesto en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE)).

El Notario no está facultado para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, a diferencia del procedimiento judicial en el que sí que existe esta posibilidad.

Porque en el procedimiento de venta extrajudicial no se permite alegar la existencia de cláusulas abusivas con efecto suspensivo de éste.

Porque no está previsto que en el seno del procedimiento de venta extrajudicial, el consumidor pueda interesar asistencia jurídica gratuita, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de éste.

Porque en el procedimiento de venta extrajudicial no están previstos como motivos de oposición los establecidos en los artículos 695 y 696 de la LEC , así como las causas de suspensión del artículo 697 de la LEC .

- La inclusión de la cláusula de la vía de ejecución extrajudicial jamás fue objeto de negociación : la estipulación citada es abusiva pues no ha sido objeto de negociación y ha sido incluido en el contrato de manera inadvertida para el consumidor.

- La existencia de un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del artículo 129 de la LH operada por la Ley 1/2013 y el informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario : en el acto de la audiencia previa, la asistencia letrada de la parte demandante indicó como hecho nuevo la existencia de los dos documentos aludidos.

b) Argumentos de la parte demandada desfavorables a la declaración de nulidad :

- La estipulación número 11 del contrato no es nula por no constituir infracción de la normativa comunitaria : la parte demandada considera que la contraparte parte de un silogismo equivocado, el de equiparar el procedimiento de venta extrajudicial con un procedimiento de ejecución, cuando en realidad es un pacto contractual relativo a la forma en que se puede realizar un derecho de crédito. Por esta razón, considera que no son de aplicación las conclusiones de la Abogada General del TJUE ni de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz) sobre el procedimiento español de ejecución hipotecaria. En este sentido, argumenta que la venta extrajudicial es respetuosa con el artículo 117.3 de la CE , ya que la facultad de los jueces y magistrados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado queda intacta, al no tratarse de un procedimiento alternativo al judicial, sino la simple expresión de la autonomía de la voluntad. Por otro lado, considera que el reproche de que no es posible en el seno de la venta extrajudicial de bienes hipotecados el control de oficio de la abusividad de las cláusulas debe tener escaso alcance, habida cuenta de que el acuerdo contractual no impide que el consumidor acuda a los Tribunales para solicitar la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas contractuales. En este sentido, cita la parte demandante, al entender de la parte demandada, sentencias del TJUE que no guardan relación con el pacto de venta extrajudicial. Continúa su argumentación la parte demandada indicando que la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz) formula conclusiones que únicamente pueden generar efectos en el procedimiento concreto en el que se ha planteado la cuestión prejudicial. Por último, la parte demandada recuerda que el legislador español ha querido incrementar la protección del consumidor mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante, RD Ley 6/2012) y del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (en adelante, RD Ley 27/2012), y que en la regulación de estos Decretos se encuentra el pacto de venta extrajudicial.

- La estipulación número 11 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria no es abusiva : en primer lugar, la parte demandada considera que no es abusivo el hecho de pactar la venta extrajudicial, ya que es una cláusula de origen legal, prevista en el artículo 129 de la LH , y declarar la abusividad de una cláusula legal sería tanto como afirmar que el pacto es contrario a la ley. En segundo lugar, la parte demandante considera que el contenido de la cláusula no es abusivo por las siguientes razones: (i) porque no concreta en qué consiste la abusividad que la parte demandante invoca, lo que es revelador de lo infundada de la pretensión; (ii) porque la cláusula es clara, concreta y sencilla (al estar redactada conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LH), es accesible y legible (al encontrarse situada separada del resto de estipulaciones), no es contraria a la buena fe, es conservadora del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es plenamente garantista con el deudor (al no limitar las garantías ni las posibilidades de suspensión y/u oposición previstas en el artículo 129 de la LH y en los artículos 234 y siguientes del RH), es respetuosa con el cauce legal previsto en el artículo 129 de la LH y en los artículos 234 y siguientes del RH ; (iii) porque no puede equipararse una condición general de la contratación con cláusula abusiva; (iv) porque la cláusula objeto de debate no es contraria a las exigencias de buena fe, al contemplar íntegramente los requisitos legales y reglamentarios de la venta extrajudicial; (v) porque la cláusula objeto de debate no supone un perjuicio para el consumidor, ya que el resultado de la venta del bien hipotecado también puede producirse en el seno de un procedimiento judicial; (vi) porque la cláusula objeto de debate no supone un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, ya que el consumidor dispone también de las causas de oposición y suspensión previstos en el RH, al tiempo que los Notarios tienen una obligación legal de efectuar un control de legalidad de los préstamos hipotecarios que vayan a formalizarse.

- La modificación legislativa operada por la Ley 1/2013 en el artículo 129 de la LH permite discutir una cláusula abusiva en el seno de la venta extrajudicial. "

SEGUNDO.- ARGUMENTOS MÁS RELEVANTES DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

Dicha sentencia declara nula por abusiva la citada estipulación nº 11.

A continuación reproducimos los aspectos más importantes de la argumentación de la sentencia de instancia:

"3. Antes de exponer la postura de este Juzgador, creo necesario aclarar ciertos conceptos confusos introducidos en el debate:

a) La incorporación de una condición general de contratación a un contrato no supone "per se" que estemos en presencia de una cláusula abusiva, ya que es lícita la utilización en el tráfico jurídico de condiciones generales de la contratación, facilitando la multiplicidad de transacciones económicas en un mundo globalizado. De esta forma, debe rechazarse desde este momento que la cláusula objeto de esta procedimiento sea nula por no haber sido negociada individualmente, ya que siendo esto aceptado por la contraparte, nos lleva únicamente a afirmar que concurren los requisitos de una condición general de la contratación (predisposición, imposición y finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos). Así, la reiteradamente citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 recuerda que:

"Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

b) Si bien existe una amplia discusión doctrinal sobre la naturaleza de la venta extrajudicial regulada en el artículo 129 de la LH, el tenor literal de la modificación operada por la Ley 1/2013 y, fundamentalmente, la doctrina emanada de la STS de 25 de mayo de 2009, consagran que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución forzosa, o, al menos, ante un procedimiento con finalidad ejecutiva. De esta forma han de decaer las objeciones opuestas por la parte demandada respecto de la imposibilidad de extrapolar las conclusiones del TJUE al procedimiento del artículo 129 de la LH, ya que el Alto Tribunal no ha definido la venta extrajudicial como un mero acuerdo contractual, sino como un verdadero y propio procedimiento con finalidad ejecutiva.

4. Establecido lo anterior, conviene circunscribir el objeto del análisis jurídico a la concreta estipulación número 11 del contrato, que no es más que la reproducción de las facultades contenidas en el artículo 129 de la LH y de los artículos 234 y ss. del RH, para que la entidad prestamista ejecute la garantía real ante el eventual incumplimiento de la obligación garantizada. El contenido de esta cláusula es lo que ha de ser objeto de análisis, lo que indudablemente lleva pareja la valoración bajo el prisma de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril (en adelante, Directiva 93/13) del supuesto objeto de este procedimiento. Por tanto, como quiera que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución procesal, debe respetarse la autonomía procesal de los Estados, salvo que suponga merma de los derechos de los consumidores consagrados en la Directiva 93/13. Así lo recordó la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando argumentó que "Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)". De esta forma, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 3.3 de la Ley 1/2013 no afecta al análisis que debe efectuar este Juzgador, ya que el que el procedimiento de venta extrajudicial sea o no respetuoso con la CE, es indiferente a la hora de fijar la perspectiva de la actuación del Juez comunitario: la protección del consumidor. De ahí que si bien es cierto que el procedimiento del artículo 129 de la LH es un procedimiento legal y reglamentariamente establecido y que no es más que la expresión de la voluntad del legislador de fijar un cauce distinto de los órganos jurisdiccionales para lograr la satisfacción de un crédito derivado de un préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que en la medida en que el cauce procesal regulado merme o dificulte al consumidor hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la Unión Europea confiere a los consumidores, en virtud del principio comunitario de efectividad el Juez comunitario está habilitado para inaplicar sin más la normativa procesal nacional.

5. Conviene tener presente que se solicita la nulidad de la cláusula en cuestión, por considerar que la misma es abusiva, lo que hace preciso recordar los tres distintos niveles de protección que establece la Directiva 93/13 (control de incorporación, control de abusividad, en su doble vertiente de control de contenido y de control de transparencia).....

7. Por tanto, la parte demandante impetra de este juzgador el control de contenido de la estipulación controvertida, lo que ha de interpretarse en el sentido de analizar si es o no conforme con la Directiva 93/13 una cláusula contractual predispuesta, impuesta e incorporada a una pluralidad de contratos, no negociada individualmente, que fija el procedimiento en el que se ejecutará un crédito hipotecario, ante el eventual acontecimiento del impago de algunas de las cuotas hipotecarias. Por tanto, estamos ante un supuesto de control de contenido, y no de transparencia por cuanto que no se refiere a un elemento esencial del contrato. En consecuencia, el control de contenido exige analizar si la meritada cláusula produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y entiendo que este desequilibrio se produce si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor, y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido. En este mismo sentido se pronunció la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto contra Joaquín Calderón) respecto del procedimiento monitorio, y de ahí que sí que considere, en contra de lo sostenido por la parte demandada, que es pertinente y útil la cita efectuada por la parte demandante. Y esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el estatus del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esa diferencia de trato no encuentra una justificación razonable.....

8. Pues bien, la conclusión de este Juzgador no puede ser otra que la de que efectivamente existe una diferencia de tratamiento entre uno y otro procedimiento y que esa diferencia de tratamiento es injustificada. Además, esta conclusión puede mantenerse tanto con la redacción vigente del artículo 129 de la LH en el momento de formalizarse el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como en la actual redacción. En efecto, si atendemos al informe redactado por el CGPJ de 25 de julio de 2013, encontraremos razonamientos a propósito de la posible abusividad de una cláusula que recoja una remisión a la venta extrajudicial que este Juzgador comparte. Así, señala que:

a) " Dicha diferencia reside, principalmente, en la facultad que el artículo 552.1 de la LEC confiere al órgano judicial, al disponer que "Cuando el Tribunal aprecie que alguna de las cláusulas incluidas en el Título ejecutivo de las citadas en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª". Dicho mandato habilita al tribunal para apreciar "ex officio" la existencia de cláusulas abusivas y, en caso de confirmar tal apreciación, tras el trámite contradictorio previsto en el artículo último citado, resolverá bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien acordando su despacho pero sin aplicar aquellas estipulaciones consideradas abusivas ". La posible apreciación de oficio de las cláusulas abusivas no obsta para que la parte pueda suscitar tal circunstancia, como motivo de oposición, al amparo de lo estatuido en el artículo 695.1.4º de la LEC, con las consecuencias derivadas, en caso de que prospere la oposición, que contempla el artículo 695.3 de la LEC (sobresimiento de la ejecución o inaplicación de la cláusula abusiva)". "El artículo 129 de la LH y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes prevén, por una parte, que

el notario advierta a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas y, por otro lado, impone la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguno de los intervinientes haya interesado del juez competente tal declaración, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4º de la LEC . Si bien las modificaciones introducidas constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial sólo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión –como motivo de oposición– pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas".

b) "Otro aspecto, cuya importancia no es desdeñable, radica en las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas. Mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, o bien determina el sobreseimiento –para el caso de que la cláusula sea fundamento de la ejecución– o la inaplicación de la estipulación declarada abusiva –en cualquier otro caso–, para la venta extrajudicial se prevé la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para dilucidar el carácter abusivo de las cláusulas constituyan el fundamento de la oposición o la determinación de la cantidad exigible, pero sólo se proscribió la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución y, sin embargo, nada se dice cuando la estipulación abusiva no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial, en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos, tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles".

9. En otras palabras, debe considerarse que existe una diferencia de tratamiento, por cuanto que ambos procedimientos no colocan en igualdad de condiciones al consumidor para hacer efectiva la protección dispensada por la Directiva 93/13, ya que:

a) La venta extrajudicial se revela como un perfecto mecanismo para eludir el control de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE (casos Océano, Mostaza Claro, Pannon, etc.), ya que dicho mandato se dirige fundamentalmente a los jueces y magistrados europeos como jueces comunitarios. Es más, el sistema diseñado por el legislador español impide que el notario efectúe ese control de oficio, inaplicando sin más una cláusula contractual, limitando la legislación hipotecaria su actuación a advertir de la presencia de dichas cláusulas para que los interesados puedan comparecer ante los Tribunales para lograr la efectiva protección.

b) 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. A diferencia del procedimiento judicial, en el que la suspensión es automática ex artículo 695 de la LEC , en el caso de la venta extrajudicial se requiere una actuación activa del consumidor mediante la presentación de una demanda ante los Tribunales y la solicitud de la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial. En este sentido, el contenido del artículo 236 ñ del RH es revelador, ya que ni siquiera contempla que el Notario suspenda el procedimiento por el planteamiento del debate sobre la abusividad de una cláusula contractual.

c) Por último, tampoco puede considerarse desdeñable los diferentes efectos que tiene la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en uno y en otro procedimiento, ya que, mientras en el procedimiento judicial puede determinar o bien el sobreseimiento del procedimiento judicial de ejecución cuando la declaración de nulidad afecte a una cláusula contractual fundamentadora de la ejecución, o bien la eliminación de la cláusula declarada abusiva con el posible efecto arrastre de la nulidad a la totalidad del contrato si éste no pudiera subsistir sin dicha cláusula (STJUE de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto contra Joaquín Calderón)), en el supuesto de la venta extrajudicial, la declaración judicial de nulidad de una cláusula contractual únicamente puede extender sus efectos a la venta extrajudicial cuando afecta al fundamento de la ejecución, pero no cuando afecta a elementos accesorios no contaminantes de la venta extrajudicial, lo que desde luego no garantiza que el consumidor no vaya a ver mermado sus derechos, incluso pese a la declaración de nulidad de una cláusula contractual.

10. La conclusión de la abusividad se robustece si atendemos al hecho de que el análisis no debe ceñirse al momento actual, sino al momento de la celebración del contrato (año 2.005), en el que todavía no se habían incorporado las modificaciones actuales del artículo 129 de la LH y en el que el control de las cláusulas abusivas por medio del Notario y las posibilidades de hacer efectiva la protección del consumidor dimanante de la Directiva 93/13 se encontraban más mitigadas.

11. Por último, no puede entenderse que la diferencia de tratamiento esté justificada. En primer lugar, aun cuando se trate de un procedimiento legal y reglamentariamente establecido, ya he argumentado en el parágrafo 4 que el respeto a la autonomía procesal de los Estados por la normativa comunitaria ha de cesar en el caso de que los procedimientos nacionales mermen o dificulten la protección del consumidor consagrada en la Directiva 93/13, ya que el principio de efectividad del Derecho Comunitario obliga a los jueces comunitarios a inaplicar la normativa nacional que imposibilite la efectividad de la normativa comunitaria. En segundo lugar, tampoco cabe entender que se trata de una cláusula emanada del consentimiento y perfecto entendimiento de la demandante y que, por tanto, al surgir de la autonomía de la voluntad, debe respetarse conforme al aforismo "pacta sunt servanda". Dicho de otro modo, no puede entenderse que estamos ante el supuesto descrito en la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) que reproduce la STJUE caso Pannon, en el que concluye que "El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello (véase la sentencia Pannon GSM antes citada, apartado 35) ". El consumidor no ha consentido de manera expresa la remisión al procedimiento de venta extrajudicial ni se ha opuesto a su control de oficio por el juez, como lo demuestra que haya interpelado la tutela judicial de este Juzgador. Por tanto, como señala la citada STJUE:

"38. Hay que recordar, con carácter previo, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 40, y Banif Plus Bank, apartado 20).

39. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva, el Tribunal de Justicia ha subrayado asimismo en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 41, y Banif Plus Bank, apartado 21 y la jurisprudencia citada).

40. Por esa consideración el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a estos efectos, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 42, y Banif Plus Bank, apartado 22).

41. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 43, y Banif Plus Bank, apartado 23)".

12. De esta forma, aun cuando admitiésemos, que no lo hago, que la cláusula contractual ha emanado de la autonomía de la voluntad de las partes, la más elevada protección del consumidor impuesta por la normativa comunitaria obliga al juez nacional a efectuar un control de oficio de la

abusividad de las cláusulas contractuales, control que únicamente puede excluirse cuando el consumidor se oponga a ello, cosa que no ha ocurrido en el caso presente. Pero es que, además, tampoco puede afirmarse que nos encontremos ante una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no ha resultado acreditada la existencia de una negociación individual de la cláusula. Recordemos, como hace la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, que la prueba de esa negociación individual de la cláusula corresponde al profesional ("A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" –a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"– en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla"). De hecho, ninguna prueba se ha practicado en tal sentido, ni el interrogatorio de las partes, ni la prueba testifical, limitándose la parte demandada únicamente a efectuar afirmaciones genéricas respecto del carácter negociado de la cláusula. Es más, de una manera implícita, la parte demandada admite la ausencia de negociación, al señalar que esta circunstancia no es suficiente para considerar abusiva una cláusula contractual.

13. En suma, puede considerarse que la estipulación número 11 es abusiva porque concurren los elementos o requisitos de esta abusividad:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada: el predisponente no ha desplegado prueba alguna en este sentido, debiendo pechar con las consecuencias de la falta de prueba.

b) Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato: ya he argumentado que la remisión de la estipulación número 11 al procedimiento de venta extrajudicial supone una merma de los derechos del consumidor y de la protección otorgada por la Directiva 93/13 y que la diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial y extrajudicial no tiene justificación.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor: también he argumentado el perjuicio que supone para el consumidor no poder disponer de la totalidad de los mecanismos de protección dispensados por la Directiva 93/13 en el momento de la celebración del contrato, e incluso en el momento presente.

14. La consecuencia de lo anterior es que procede declarar la nulidad de la estipulación número 11 del contrato por ser abusiva. Dicha declaración de nulidad, al tenor del artículo 10 de la LCGC y de la Directiva 93/13, interpretada por el TJUE, no supone la nulidad de la totalidad del contrato, salvo cuando el mismo no pueda subsistir sin dicha cláusula (STJUE de 14 de junio de 2013 (caso Banesto contra Joaquín Calderón)), cosa que no ocurre en el caso presente. Al contrario, la eliminación de la remisión a la venta extrajudicial permitirá acudir al procedimiento más garantista judicial".

TERCERO.– HECHOS DE RELEVANCIA EN LA PRESENTE LITIS PRINCIPALMENTE A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA LEGISLACIÓN APLICABLE.

1) En fecha 31.01.2005 el Banco Español de Crédito SA, como prestamista, y los entonces cónyuges D. Marco Antonio y D^a Delia, como prestatarios, concertaron un contrato de préstamo por un principal de 240.000 euros y amortización en 30 años, con la garantía hipotecaria de una vivienda pareada sita en la URBANIZACIÓN000, CALLE000, Marratxí, que ya era propiedad por mitades indivisas de dichos dos prestatarios.

2) Ha recaído sentencia de divorcio entre los dos prestatarios en la que se acuerda que cada uno de los cónyuges deberá contribuir en un 50% al pago de las cuotas de amortización de la hipoteca. A la Sra Delia se le ha atribuido el uso y disfrute de la aludida vivienda, junto con el hijo menor de edad.

3) Tras producirse el impago de cuotas de amortización, a partir de la mensualidad de octubre de 2011, y dar por vencido anticipadamente el préstamo la entidad acreedora con fecha 1 de febrero de 2012, por un principal de 205.854,88 euros, con fecha 8.05.2012 instó la iniciación de este procedimiento ante el Notario de Marratxí D. Carlos Luis Acero Herrero. Tras efectuar los oportunos requerimientos de pago a dichos dos prestatarios, y no producirse el pago de las sumas debidas, en fecha 8.05.2012 se solicitó la subasta del inmueble.

4) La subasta se celebró el día 28.11.2012, y la finca se adjudicó a la entidad actora por un 60% de su valor de tasación (180.057,36 euros), con aplicación de las normas de la LEC en cuanto a tipos de subasta. En aplicación del artículo 12 del Real Decreto 6/2012 de 9 de marzo, se notificó el resultado de la subasta a los prestatarios por sí en el plazo de diez días querían presentar tercero que mejorase la postura de la subasta, sin que se presentase persona alguna. En fecha 11.01.2013 se ha otorgado escritura pública de venta por el aludido Notario.

5) No consta que la actora haya instado hasta el momento el lanzamiento de la Sra Delia y su hijo de la aludida vivienda.

6) La demanda que nos ocupa se presentó el día 20.11.2012, esto es, ocho días antes de la subasta. Por otrosí se solicitó la medida cautelar de suspensión de la subasta, la cual no llegó a ser tramitada. La primera diligencia de ordenación del Juzgado de instancia se dictó cuando ya se había celebrado la subasta, y la actora no había presentado poder del Procurador, en defecto que se subsanó con posterioridad a tal subasta.

Es de reseñar que dicho procedimiento se ha tramitado antes de que se dictase la muy relevante STJUE de 14 de marzo de 2013, y se promulgase la Ley 1/2013 de 14 de mayo que entró en vigor al día siguiente, si bien en tales fechas, ya se había contestado la demanda y se hallaba en tramitación el procedimiento que nos ocupa, en el cual el acto de la audiencia previa se celebró en diciembre de 2013, sin que se celebrase acto del juicio oral, dado el carácter estrictamente jurídico de la controversia.

El Juzgador de instancia plantea las garantías ofrecidas al deudor demandado en ejecución bajo la vigencia de la Ley 1/2013, si bien alude a que las mismas eran todavía menores bajo la vigencia de la norma anterior, artículo 129 LH y artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. No obstante, esta Sala considera que, hallándonos en ante un procedimiento de venta extrajudicial cuya tramitación se ha efectuado íntegramente antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, con excepción del lanzamiento, que todavía no se ha efectuado, debemos atender a la normativa anterior, y no nos corresponde efectuar un dictamen sobre si esta situación se reproduce o no con la Ley antes indicada. Lo único que cabe reseñar es que, a tenor de la disposición transitoria primera de la aludida Ley, la Sra Delia, quien al entrar en vigor la citada norma no había sido desahuciada de la vivienda, siquiera sea porque la actora no lo solicitó, hubiera podido acudir en el mes siguiente a tal fecha al incidente extraordinario previsto en la disposición transitoria cuarta de dicha Ley y alegar con efectos suspensivos del lanzamiento las posibles cláusulas abusivas, en opción que no ha ejercitado.

La tan alegada STS de 9 de mayo de 2013 se refiere a los efectos de la litispendencia refiriendo:

"50. En nuestro sistema, la litispendencia provoca la perpetuatio facti (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), la perpetuatio legitimationis (perpetuación de la legitimación), la perpetuatio obiectus (perpetuación del objeto), la perpetuatio valoris (perpetuación del valor) y la perpetuatio iuris (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (en este sentido, SSTS 427/2010, de 23 de junio (RC 320/2005), 760/2011, de 4 de noviembre (RC 964/2008), y 161/2012, de 21 de marzo (RC 473/2009)).

74. Afirma la sentencia 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006) que, como regla, el artículo 413 LEC dispone que no se tendrán en cuenta las innovaciones en el estado de las cosas o de las personas después de iniciado el juicio, lo que es aplicable a las condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción "que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal". Y, como señala la sentencia

724/2011, de 24 de octubre (RC 1396/2008) que "(s)egún la propia norma, quedan fuera de esa regla general aquellas innovaciones que, de un modo definitivo, priven de interés legítimo a las pretensiones deducidas".

Y, en cuanto al momento y circunstancias a tener en cuenta:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 (...) el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará (...) considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará (...) considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

Por tanto, y, como acertadamente señala la sentencia recurrida, para determinar la abusividad de la cláusula contractual objeto de esta litis, debe atenderse a las circunstancias concurrentes en la fecha de celebración del contrato, en este caso en el año 2.005, que son las mismas, que las existentes cuando se inició el procedimiento de venta judicial en el año 2.012. En el mismo sentido, el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CE al indicar que: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa."

La referencia de la recurrente a la evolución previsible de las circunstancias, no altera la anterior conclusión, siendo difícilmente predecible que en el futuro se produciría una modificación legislativa con carácter retroactivo, pero, en el caso enjuiciado, ha sido de fecha posterior a la interposición de esta demanda.

Por tanto, a efectos de señalar la normativa objeto de comparación, no debemos atender a la Ley 1/2.013, que modificó sensiblemente la situación, sino a la legislación vigente con anterioridad, sin perjuicio de indicar que la demandante pudo acudir al aludido incidente extraordinario para alegar las posibles cláusulas abusivas y no lo hizo. A diferencia de la sentencia de instancia, esta Sala se abstendrá de una comparación atendiendo la citada norma, pues al no ser aplicable es indiferente a los efectos que nos ocupan, y no nos corresponde efectuar ningún dictamen jurídico sobre el particular respecto a si con las relevantes modificaciones operadas por la Ley 1/2.013 esta cláusula seguiría siendo abusiva.

CUARTO.- RESUMEN DE MOTIVOS EXPUESTOS POR LA DEMANDADA RECURRENTE, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA.

1) Que la sentencia realiza un control abstracto de la cláusula impugnada que resulta prohibido en el enjuiciamiento de acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación; sólo cabe un control concreto, atento a las circunstancias del caso enjuiciado; no se ha justificado la existencia de ningún perjuicio real irrogado a la parte actora derivada de la cláusula 11 del contrato, ya que ni la actora ni el Juzgado han considerado que ninguna otra cláusula merezca la calificación de abusiva, por lo que no concurre interés legítimo.

2) Que no puede tacharse de abusivo un procedimiento previsto por el legislador; la resolución dictada no contiene un control de contenido, sino que inaplica directamente la normativa española. La cláusula se limita a reproducir el régimen legal sobre la venta extrajudicial, y difícilmente puede calificarse como abusiva una cláusula que está prevista legalmente en nuestro sistema normativo y que recoge esta alternativa; que el legislador al permitir la venta extrajudicial, ya ha considerado que no hay ni abuso ni desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; es un procedimiento legal y lícito, luego no cabe hablar de abuso; es cierto que necesita pacto para su aplicación, y el legislador no la ha excluido en los contratos con consumidores; la cláusula no aminora las garantías procedimentales de los demandados, y así lo recogen dos sentencias de Juzgados de lo Mercantil que cita, así como la SAP de Cáceres de 25.02.2.013 ; y que la venta extrajudicial no es el único mecanismo de realización privada de bienes dados en garantía en nuestro ordenamiento, y cita los mismos.

3) Que no hay desequilibrio importante de derechos y obligaciones: A) La valoración se hace en abstracto, con carácter absolutamente genérico y desvinculado de las circunstancias del caso; es criticado el sistema de venta notarial y su regulación; si ninguna otra estipulación ha merecido para la Sra Delia ni para el Juzgador calificación alguna de abusividad, no cabe considerar que el consumidor se ha visto expuesto a una diferencia injustificada de tratamiento. B) Imposibilidad de efectuar análisis abstractos en el seno de una acción individual, pues ejercita una acción del artículo 8 LCCG y la actora carece de legitimación para la acción colectiva del artículo 12. C) Se alega un carácter puramente instrumental de la demanda, niega la existencia de un perjuicio para la actora o de un riesgo de perjuicio, al no atacar la demandada ninguno de los pactos del préstamo hipotecario, y se ha valorado un potencial riesgo que pudiera ser relevante para la defensa de intereses difusos. D) La posibilidad de ese control de oficio ha existido porque la Sra Delia no ha sido desposeída del inmueble; que la aplicación de la cláusula once le beneficia, pues le permite ahorrar intereses moratorios y el coste de gastos judiciales; el Juzgado de instancia tiene la obligación de realizar de oficio el control de todas las condiciones generales contenidas en el mismo, y en el futuro la actora ya no podrá alegar ninguna condición general abusiva, por aplicación de la cosa juzgada; y no se critica el contenido mismo de la estipulación, sino el sistema en bloque de la venta extrajudicial; E) El consumidor no está en peor condición en el proceso de venta extrajudicial que en la venta judicial, y si bien hay diferencias de regulación, están justificadas por la diferente naturaleza de ambos sistemas de realización.

4) Que la inaplicación de la norma nacional se hace sin ajustarse a los principios y reglas que configuran el derecho de la Unión Europea; el efecto directo de las directivas sólo se produce en relaciones verticales y aquí es horizontal; que la directiva 93/13/CEE no puede comportar la inaplicación del derecho nacional, y cita diversas sentencias sobre el particular.

5) La sentencia olvida el requisito de la exigencia de buena fe; que la mala fe del predisponente es requisito para su apreciación; en las resoluciones del TSJUE la cláusula contraria a la buena fe se identifica con una cláusula sorpresiva, que no habría sido aceptada por el consumidor si hubiera sido negociada individualmente; que la STJUE de 14.03.2.013, caso Aziz , dice que las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión no deben ser consideradas abusivas de forma automática; la sentencia de instancia no realiza el juicio de abusividad, sino más que en el desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, sin detenerse en una posible infracción de las exigencias de la buena fe; que no se trata de un procedimiento diseñado por el acreedor para ejecutar su garantía, y la venta extrajudicial no se desarrolla en el contrato; que no puede predicarse mala fe en la parte que incorpora a un contrato una cláusula prevista expresamente en la normativa aplicable, por tanto, no puede sorprender al consumidor.

6) No es abusiva aquella cláusula que el consumidor hubiera aceptado en el marco de una negociación individual; no hubiera renunciado al negocio de financiación hipotecaria a pesar de que el empresario no hubiera aceptado la eliminación del pacto, que no fue impugnado en los ocho años de duración del contrato.

7) El control de contenido realizado en la sentencia no tiene en cuenta los elementos establecidos en el derecho comunitario de consumo para el juicio de abusividad, no se da ninguno de los presupuestos del desequilibrio; debe examinarse si existe alguna razón objetiva para su incorporación; si son usuales y el consumidor queda en peor condición que con la aplicación de las normas legales; que esta cláusula es usual, y

permite a las partes beneficiarse de un régimen lícito que la Ley les concede para beneficiarse de la pronta realización de la garantía y evitar el incremento de la deuda por el devengo de intereses moratorios; que el consumidor no está desprotegido tras la reforma de la normativa por Ley 1/2.013; la impugnación de una cláusula que reproduce un precepto legal, su impugnación habrá de tenerse en cuenta la redacción que resulte vigente en el momento de aplicación de la cláusula, y así la STS de 9 de mayo de 2.013 alude a la evolución previsible de las circunstancias que incluye las modificaciones legislativas que operen y resulten aplicables al contrato; hubiera podido acudir la actora al procedimiento de la disposición transitoria primera de dicha ley ; en la fecha de celebración del contrato no había diferencia de tratamiento; niega diferencia de tratamiento entre los incidentes de los artículos 695.1.4 LEC y artículo 129.2 f) de la LH , que dice son idénticos y protegen los intereses de los consumidores en forma equivalente; tampoco hay diferencia de efectos, con la remisión expresa del artículo 129 2 f a las previsiones del artículo 695.1.4 de la LEC .

8) La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2.013 no se predicaba de la venta extrajudicial, el cual es un procedimiento alternativo al judicial, expresivo de la autonomía de la voluntad de las partes; el ordenamiento jurídico español proporciona medidas procesales para proteger al consumidor de modo que pueda discutir la existencia de cláusulas abusivas en un préstamo antes de verse desposeído de su vivienda; el hecho de acudir o no a los Tribunales, es una diferencia que no determina desequilibrio o perjuicio, y resulta justificada e inevitable, atendido que el Notario no puede declarar abusiva una cláusula por ser competencia de los Tribunales.

9) No se infringe el principio de efectividad, por cuanto la venta extrajudicial no tiene naturaleza procesal, y en el caso Aziz la crítica es por no contemplar la suspensión del procedimiento, y constituye un error de la sentencia el comparar la efectividad los trámites de la venta extrajudicial y de la ejecución hipotecaria; el sistema permite la alegación y decisión sobre una posible existencia de una cláusula abusiva de manera eficaz y sin que se produzca un desequilibrio injustificado para el consumidor; que el Notario tiene el deber de advertir de su existencia, y esa diferencia tiene su justificación en la distinta naturaleza del procedimiento; la actora pudo acudir a un incidente de oposición con suspensión del procedimiento.

QUINTO.- BREVE EXTRACTO DE LOS ARGUMENTOS RECOGIDOS EN EL ESCRITO DE OPOSICIÓN.

Se solicita la confirmación de la sentencia de instancia, si bien se añade una petición de que esta Sala plantee tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relacionada con la Directiva 93/13 CE. Refiere que la entidad actora no ha actuado contra su marido solvente para reclamar las cuotas impagadas; que no ha planteado las concretas cláusulas abusivas por la premura en la interposición de la presente demanda, las planteará en su momento en un procedimiento con todas las garantías; considera que nos son lícitas las cláusulas de sumisión expresa en contratos con consumidores; recuerda el anexo de la citada Directiva sobre el suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor; pone en duda la imparcialidad del Notario, elegido por la entidad; que con ese pacto y procedimiento se le priva al consumidor de un proceso con plenas garantías; no cabe la convalidación posterior de una nulidad por la modificación legal posterior; que la Sra Delia sabe lo que le es perjudicial, como es el lanzamiento de la vivienda; esta cláusula no es fruto de un pacto, sino de una imposición; todas las condiciones generales son habituales; el TJUE ha anulado disposiciones legales contrarias a una directiva comunitaria; recuerda la STJE sobre el caso Aziz en cuanto a desequilibrios importantes, y recuerda que el procedimiento le veda la posibilidad de que se examine la existencia de cláusulas abusivas; la posibilidad de solicitar un Abogado de oficio; ausencia de motivos de oposición al procedimiento de ejecución; podría perder su vivienda por un euro en una subasta sin sujeción a tipo; y que no puede rehabilitar el contrato. Solicita que esta Sala plantee una cuestión prejudicial al TJUE.

SEXTO.- SOBRE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL.

Tanto en la fecha de celebración del contrato, como en la del inicio de la ejecución, este procedimiento se hallaba regulado en los artículos 129 de la LH y artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario . Asimismo, al iniciarse la ejecución ya había entrado en vigor el RDL 6/2012 de 9 de marzo de medidas de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en cuyo artículo 12 modificaba normas sobre la subasta, sustituyendo las tres anteriormente reguladas por una sola, y fijando un porcentaje sobre la tasación para la adjudicación al acreedor, pues con anterioridad no se recogía tope ninguno. Estas normas han sido sustancialmente alteradas por la Ley 1/2.013, – que como antes se ha razonado consideramos inaplicable al supuesto enjuiciado– en cuyo preámbulo se indica que las modificaciones se adoptan como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2.013, respecto de la interpretación de Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1.993, y que han supuesto una sustancial mejora de la posición del deudor en este tipo de procedimiento, si bien, a tenor del informe de 25 de julio de 2.013 emitido por el Consejo General del Poder Judicial, se aprecian referencias relevantes en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria. Asimismo, dicha modificación ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por un grupo parlamentario, al considerar que " el proceso extrajudicial limita radicalmente las posibilidades de reacción del deudor, siendo en la práctica una posibilidad casi remota que, en el escaso tiempo otorgado y no contando con medios económicos en la mayoría de casos, pueda llegar a plantear alguna acción judicial, colocándole en situación de indefensión real " (texto obrante al folio 363).

Como se indica en tal informe, " esta institución jurídica ha sido y es objeto de polémica tanto doctrinal como jurisprudencialmente " , y una parte de la doctrina "negó que la venta extrajudicial participara de la naturaleza propia del procedimiento de ejecución reconduciendo dicha figura a la categoría de instituto no judicial para la realización del derecho de acreedor, cuya finalidad es hacer efectiva la satisfacción del crédito de este último mediante la enajenación del bien hipotecado, con base en el pacto alcanzado entre el acreedor y el deudor. Algunos autores han considerado que participa de la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria, mientras otros se han decantado por considerar que no es más que un modo de autocomposición o autotutela previsto en el contrato, para así dar solución a un futuro conflicto ". Esta es última es la postura defendida por la parte recurrente en esta alzada como justificación a la inaplicación a este procedimiento de la tan citada STJUE de 14 de marzo de 2.013 relativa a un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Dicho informe también alude a la postura contrapuesta, cual es que se trata "esencialmente un procedimiento de ejecución forzosa, pues las reglas que disciplinan su aplicación tienen una clara finalidad ejecutiva, cuya base reside en el previo incumplimiento contractual y su finalidad es la de procurar la satisfacción al acreedor, a través del apremio sobre el bien hipotecado". Dicho parecer es recogido en la alegada STS de 25 de mayo de 2.009 al indicar que:

... "El «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992, número 290/1992 , no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público."

La Sala en aplicación de la doctrina recogida en dicha STS y lo considera como un procedimiento de ejecución.

No es objeto de esta resolución el hacer un pormenorizado estudio de este procedimiento judicial, pues esta litis se circunscribe a determinar si la estipulación 11 del contrato de constitución de hipoteca es una cláusula abusiva, y lo relevante es: A) La analogía relevante que presenta con el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial, al menos a los efectos de aplicar la doctrina contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2.013 , que no puede ser obviada en base a una pretendida naturaleza jurídica privada del procedimiento de ejecución. B) Es un hecho evidente que, entre los cuatro procedimientos regulados en la LEC, todos ellos expuestos en la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario: ordinario, ejecutivo dinerario, ejecución hipotecaria, y venta extrajudicial ante Notario, el último de ellos es el único que precisa de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago, y de los mismos 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, siendo obvio que ambas

restricciones son motivadas por la fuerza del título de ejecución motivado en la existencia de una garantía hipotecaria sobre el bien inmueble objeto de ejecución.

SÉPTIMO.- COMPARACIÓN ENTRE LOS DERECHOS QUE LOS PROCEDIMIENTOS POSIBLES ATRIBUYEN AL CONSUMIDOR EN CASO DE IMPAGO.

La escritura de constitución del préstamo hipotecario en su cláusula diez cita los procedimientos a los que puede acudir el acreedor en caso de impago de la deuda: el procedimiento declarativo ordinario, el ejecutivo dinerario y el de ejecución hipotecaria. En la cláusula once añade el que nos ocupa de venta extrajudicial, el único que precisa de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo, con expresión de los requisitos recogidos en la escritura. En una comparativa entre los cuatro procedimientos, reiteramos, en la normativa existente en el año 2.005, fecha de otorgamiento del contrato, no cabe duda de que los motivos de oposición y suspensión son notablemente reducidos, en comparación con los restantes.

Los importantes reparos que la STJUE de 14 de marzo de 2.012 efectúa respecto del procedimiento de ejecución hipotecaria español, que seguidamente se reseñarán, son igualmente aplicables al procedimiento de venta extrajudicial. Por tanto, al consumidor se le vedaba la posibilidad de que en dicho procedimiento se examinara la hipotética existencia de cláusulas abusivas. No podía disponer de los mecanismos de protección de la Directiva 93/13.

Las diferencias entre el procedimiento de ejecución judicial y el extrajudicial eran relevantes, y debemos destacar: A) Absoluta imposibilidad de que el Notario apreciase de oficio la existencia de una cláusula abusiva en el procedimiento de venta extrajudicial, a diferencia de la ejecución hipotecaria, en la cual muchos Juzgados y Tribunales empezaban a aplicar las distintas sentencias sobre la apreciación de oficio por el Juzgador de cláusulas abusivas en el contrato, si bien existían divergencias sobre el particular en la práctica judicial. El Notario ni siquiera tenía la posibilidad de advertir su existencia, como acaece en la normativa actual. B) Una mayor limitación de las causas de suspensión de los artículos 695 y 697 LEC, en el procedimiento extrajudicial limitado únicamente a una cuestión de prejudicialidad penal, no contemplando supuestos como la extinción o pago de la deuda o un error de cantidad, sin perjuicio de que la pueda interponerse el oportuno procedimiento declarativo, pero sin efectos suspensivos (artículo 236 n), que se limitan a determinados supuestos de prejudicialidad penal C) Según norma vigente en la fecha de la concertación, posibilidad de una tercera subasta sin sujeción a tipo, frente a la subasta única de la LEC, lo que implicaba una hipotética adjudicación por la acreedora a precios muy bajos. D) En la fecha de la ejecución la consumidora no ostentaba el derecho a rehabilitar el contrato recogido en el artículo 693 LEC abonando las cuotas pendientes. Por tanto, la alegación de una cláusula abusiva no daba lugar a suspensión alguna del procedimiento. E) Mayores dificultades para acceder, en su caso, al disfrute de los beneficios de justicia gratuita, por tratarse de un procedimiento extrajudicial, si bien podría asesorarse previamente y conseguirlo con vistas al procedimiento declarativo posterior.

Con tales datos concordamos con la sentencia de instancia que la entidad acreedora, o busca o aprovecha en este procedimiento al ejecutarse ante un Notario, dicho profesional no podía apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, ni siquiera advertirla, sino que debía continuar el procedimiento sin haber lugar a suspensión alguna, reservando a las partes el oportuno procedimiento declarativo, pero una vez, en su caso, adjudicado el bien o efectuado su lanzamiento del inmueble. Esta doctrina ha sido objeto de reiteradas sentencias del TJUE, entre ellas la de 27 de junio de 2.000, 21 de noviembre de 2.002, 26 de octubre de 2.006 (asunto Mostaza Claro), 4 de octubre de 2.007 (asunto Rampion y Godard), y 4 de junio de 2.009 (asunto Pannon), en el cual se dice que " el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultar de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo, la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello...".

Los doctrina jurisprudencial recogida en la STJUE de 14 de marzo de 2.012 estimamos que es de suma relevancia en el caso que nos ocupa, por cuanto alude al procedimiento de ejecución hipotecaria español, y sus argumentos son igualmente aplicables al procedimiento de venta extrajudicial, en el cual los derechos del consumidor son similares o más reducidos los supuestos de oposición, pues el artículo 236 n) del Reglamento Hipotecario se remite al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en cuanto les sea de aplicación. Es preciso resaltar que el legislador, a consecuencia de la doctrina contenida en dicha sentencia, en la tan aludida reforma de la Ley 1/2.013 también efectuó importantes modificaciones respecto del procedimiento de venta extrajudicial.

Como aspectos más relevantes de dicha sentencia transcribimos:

"53. En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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 en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49).

54. En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible –cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado– o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

55. Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley.

.....57. Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.

.....59. Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C 432/05, Rec. p. I 2271, apartado 77).

60. En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

61. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una

indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

62. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55).

63. En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

64. A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 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."

En conclusión, en el supuesto enjuiciado, y reiteramos, según norma vigente en el año 2.005, al consumidor se le vedaba la posibilidad de que en dicho procedimiento se examinara la hipotética existencia de cláusulas abusivas y no podía disponer de mecanismos de protección acordes con la Directiva 93/13.

El hecho de que la ahora demandante no acudiese al procedimiento declarativo ordinario al inicio del procedimiento, en defensa de posibles cláusulas abusivas, debe considerarse irrelevante, atendida la doctrina incluida en la STJUE de 6 de octubre de 2.009 (asunto Asturcom Telecomunicaciones), a tenor de la cual, "en cualquier caso, el respecto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano judicial nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia Mostaza Claro, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el proceso principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme"

OCTAVO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE SE ESTIMA APLICABLE AL SUPUESTO ENJUICIADO.-

A) Sobre la situación de inferioridad de los consumidores, la STS de 9 de mayo de 2.013 señala que:

"108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C- 244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39 EDJ2012/109012; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas.

109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que "(l)os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 47; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34 EDJ2012/70166; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. Catalunya caixa, apartado 45). Asimismo, no puede imponerse la nulidad en contra de la voluntad del consumidor".

B) Sobre los límites de la autonomía procesal en cláusulas abusivas, dicha STS indica que:

Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46 EDJ2012/109012, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)".

C) Sobre el concepto y requisitos de las cláusulas abusivas,

"El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que "(l)as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "(s)e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma

individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor –en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario–."

NOVENO.– POSTURA DE ESTA SALA.–

1.– CUESTIONES PREVIAS:

– En esta segunda instancia ya no se discute que la tan citada cláusula 11 tiene la consideración de cláusula general de la contratación, y sus requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, y contenida en un contrato de adhesión, en este caso un contrato de préstamo con constitución de garantía hipotecaria sobre un bien inmueble que constituye el domicilio de los deudores. Esta cláusula no ha sido negociada individualmente y el consumidor no ha podido influir en su contenido, tratándose de un contrato de adhesión, y el profesional no ha alegado ni acreditado que se hubiera negociado individualmente la cláusula.

– La Directiva 93/13/CE antes citada alude a dos criterios para determinar el concepto de cláusula abusiva: el material, basado en el desequilibrio contractual en detrimento del consumidor, y el criterio formal, basado en la falta de transparencia. En el supuesto que nos ocupa, en la sentencia de instancia se dice que no se ha suscitado ningún juicio de transparencia, sino únicamente el juicio de contenido. No obstante, entre los argumentos de la parte demandada se contienen alegaciones que afectan a este último, singularmente cuando se indica que al suscribir el contrato la consumidora no fue advertida de que con tal pacto autorizaba un procedimiento extrajudicial con unos medios de oposición sumamente restringidos y sin suspensión del procedimiento, siendo evidente que la cláusula se remite a un concreto procedimiento de ejecución. En los apartados 11 y 12 de la sentencia recurrida, si bien bajo el apartado de juicio de contenido, se incluyen aspectos susceptibles de ser incardinados en un juicio de transparencia.

– En lo sustancial, la sentencia de instancia ha efectuado el juicio de contenido tomando como elemento de comparación el procedimiento de ejecución hipotecaria y el procedimiento de venta extrajudicial tras la entrada en vigor de la Ley 1/2.013, tomados ambos en abstracto, de modo que, conforme a dicha tesis, se llega a la conclusión de que es nula toda cláusula contenida en escritura pública con consumidores que permita al acreedor acudir a la venta judicial en la normativa actualmente vigente. La Sala considera que en la argumentación del Juzgador de instancia se aprecia una extralimitación respecto de lo que es objeto de esta litis, ya que no se ejercita por la actora una acción colectiva, sino la individual, con las concretas partes y peculiares circunstancias de la contratación habidas en el presente caso. Además, la específica cláusula, conforme a lo razonado en el fundamento tercero de esta resolución, debe examinarse conforme a la normativa existente en el año 2.005 y no a la actual, entrada en vigor día 15 de mayo de 2.013, y claramente inaplicable al supuesto enjuiciado. No es función de esta Sala el efectuar un dictamen jurídico sobre el juicio de contenido en relación con una normativa inaplicable al supuesto enjuiciado, aunque se diga que la anterior era más restrictiva. Esta Sala se atenderá a la normativa existente en la fecha en que se concertó el préstamo hipotecario – año 2.005– , que en lo sustancial es la misma que en el año 2.012 en que se tramitó la venta extrajudicial, con la salvedad de que por aplicación del RDL 6/2.012 de 9 de marzo, la subasta se ajustaba plenamente a la LEC, y derogando la posibilidad anteriormente posible de una tercera subasta sin sujeción a tipo por aplicación del artículo 236 g) del RH entonces vigente.

– No es objeto de esta resolución el hacer un pormenorizado estudio de este procedimiento judicial, pues esta litis se circunscribe a determinar si la estipulación 11 del contrato de constitución de hipoteca es una cláusula abusiva, y lo relevante es: A) La analogía relevante que presenta con el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial, al menos a los efectos de aplicar la doctrina contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2.013 , que no puede ser obviada en base a una pretendida naturaleza jurídica privada del procedimiento de ejecución. B) Reiterar una vez más el hecho evidente que, entre los cuatro procedimientos regulados en la LEC, todos ellos expuestos en la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario: ordinario, ejecutivo, ejecución hipotecaria, y venta extrajudicial ante Notario, el último de ellos es el único que precisa de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago, y de los mismos 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, siendo obvio que ambas restricciones son motivadas por la fuerza del título de ejecución motivado en la existencia de una garantía hipotecaria sobre el bien inmueble objeto de ejecución. De llevarse hasta sus últimas consecuencias la comparación de procedimientos, resultaría que en cuanto a un consumidor el único posible sería el declarativo ordinario, puesto que el de ejecución hipotecaria permite menor motivos de oposición que el ejecutivo dinerario, y éste a su vez, en relación con el ordinario. Consideramos improcedente esta conclusión, pues el legislador, en base a la fuerza del título hipotecario puede limitar los motivos de oposición, pero al mismo tiempo, debe permitir un cauce para que el consumidor pueda alegar la existencia de cláusulas abusivas con suspensión del procedimiento de ejecución.

2.– JUICIO DE TRANSPARENCIA.

Nos hallamos ante una cláusula impuesta, esto es, de las recogidas en el artículo 3.2 de la Directiva, a cuyo tenor, " se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión ". Como se señala en el apartado 156 de la STS de 9 de mayo de 2.013 , y en apreciación aplicable a la concreta cláusula objeto de enjuiciamiento, " es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicio de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que alude el artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno de que una de las recurridas describe como "take it or leave it" – lo tomas o lo dejas–. Entre ellos se hallan los servicios bancarios y financieros." La misma sentencia indica que la carga de la prueba de la existencia de la negociación individual incumbe a la entidad bancaria, pues otra tesis abocaría al consumidora la imposible demostración de un hecho negativo, y que " la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión ni en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar ". Así se indica en el artículo 82.2 TRLCU al indicar que " el empresario que afirme que una determinada cláusula no ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ". Tal como acertadamente se indica en la sentencia recurrida, esta prueba ni siquiera se ha intentado.

Asimismo, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, indica que "los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.". En el caso enjuiciado no consta esta hipótesis, esto es, que los consumidores conocieren las importantes limitaciones en sus derechos que les suponía este procedimiento de ejecución, si bien obviamente pudieron conocer que una cláusula del contrato se remitía un procedimiento de venta extrajudicial, sobre el que no se explicaba nada.

La tan indicada STS de 9 de mayo de 2.013 , con referencia a la STS de 18 de junio de 2.012 , dice que " el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil... cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado,..... 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.... Como afirma el IC 2.000, el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa... Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo

juega o puede jugar en la economía del contrato "

Tal como acertadamente se indica en la sentencia recurrida, en el caso que nos ocupa, no podemos afirmar que nos encontremos ante una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no consta prueba alguna de la negociación individual de dicha cláusula, la cual si bien no presenta una especial oscuridad en su redacción al remitirse a un procedimiento de ejecución previsto en la normativa vigente, se aprecia que no consta el menor indicio de que se advirtiese expresamente a los consumidores, uno de los cuales es ahora demandante, 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 le permitiría la ejecución, y, como anteriormente se ha reseñado, permitía una subasta sin un tipo mínimo (situación modificada a inicios de 2.012) y tampoco le permitía rehabilitar el contrato. No consta ni se ha aportado prueba de que a los consumidores se les hiciera comprensible de alguna manera de la importancia de esta cláusula en el desarrollo del contrato, con ausencia de prueba sobre una información clara y comprensible de este procedimiento al que facultan acudir al acreedor mediante una condición general de la contratación, y que sin tal autorización no podría utilizar. Podrá especularse sobre si los consumidores pudieron asesorarse previamente y conocer los pormenores de este tipo específico de procedimiento, pero en todo caso se trata de una condición general contenida en un contrato de adhesión, que regula el procedimiento más rápido para la ejecución de un bien con garantía hipotecaria y con las notables limitaciones antedichas, todo ello sin que conste que a los consumidores antes de contratar se les advirtiese expresamente de ellas y de los muy escasos derechos que correspondían al consumidor en caso de impago en el caso de que la acreedora hiciera uso de la facultad de acudir al procedimiento. Es difícil determinar si los acreedores hubieran 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.

3.- JUICIO DE CONTENIDO.

No compartimos el argumento de la sentencia de instancia del juicio comparativo en cuanto a una normativa legal no aplicable al concreto contrato objeto de enjuiciamiento, si bien, como antes se ha indicado, es evidente que la posición del consumidor es la más restrictiva de entre todos los procedimientos posibles a los que podía acudir el legislador. Ciertamente, el procedimiento de venta extrajudicial es muy polémico, y en este sentido se muestra el informe del Consejo General del Poder Judicial incorporado a estas actuaciones. Corresponde al legislador determinar la mayor o menor fuerza del título ejecutivo y sus consecuencias para el deudor, y de seguir la tesis de la sentencia de instancia el único cauce hábil para un consumidor sería el procedimiento ordinario, sin restricción alguna en los motivos de oposición, y sin posibilidad de iniciar la ejecución hasta que recaiga resolución. Lo esencial y decisivo para que se estime abusiva esta cláusula es la considerable limitación de los derechos del consumidor para alegar posibles 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. Como antes se ha razonado, este procedimiento en su redacción entonces vigente no respeta los derechos que al consumidor de reclamar una posible existencia de cláusulas abusivas, e impide que el Juzgador pueda apreciar de oficio la existencia de este tipo de cláusulas, o que el Notario siquiera pueda advertir de las mismas a las partes

Consideramos que en el caso concreto, y reiteramos, con la regulación legal y reglamentaria entonces vigente, se trata, tal como acertadamente señala la parte demandada, de una cláusula susceptible de ser comprendida por analogía dentro de las establecidas en el anexo de la Directiva en el apartado 1.q), esto es, "suprimir u obstaculizar el ejercicio de la acción judicial o de recursos por parte del comprador", en este caso, un consumidor que concierta como prestatario un préstamo hipotecario. Al mismo tiempo, y conforme a la STJUE de 16 de enero de 2.014 , se infiere que un desequilibrio grave puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que las disposiciones nacionales le confieren o bien en un obstáculo al ejercicio de sus derechos legales o que se le imponga una obligación adicional no prevista por tales normas.

Ha sido objeto de especial controversia el requisito de que nos hallemos ante un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe, y sobre el particular, la STS de 9 de mayo de 2.013 señala:

"251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002 , Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99 EDJ2002/10305, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales –su incorporación a pluralidad contratos con consumidores– y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compete en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013 , Aziz EDJ2013/21522 , que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "(...) tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (...), y en el apartado 69 que "(e)n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

El concepto de buena fe, recogido en el artículo 1.258 del CC , ha sido caracterizada en STS de 10 de junio de 2.010 , como "un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (sentencias de 26 de octubre de 1995 , 6 de marzo de 1999 , 30 de junio y 25 de julio de 2000 , entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (sentencia de 22 de septiembre de 1997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (sentencias de 16 de noviembre de 1979 , 29 de febrero y 2 de octubre de 2000); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (sentencias de 26 de enero de 1980 , 21 de septiembre de 1987 y 20 de febrero de 2000). Aplicando en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (por todas, sentencia de 26 de octubre de 1995). La sentencia de 16 de noviembre de 1979 señala que «en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuanto más determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza». En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias posteriores como las de 30 enero y 21 noviembre 2003 , 10 enero 2006 y 5 noviembre 2007 ".

El considerando 16 de la Directiva ofrece algunas de las pautas principales en la apreciación de la buena fe en la contratación, al referir que la misma obliga a tomar en consideración la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes contratantes, la consideración acerca de si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula en cuestión, así como el hecho de si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

Apreciamos que en el caso concreto se produce un desequilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes, en perjuicio del consumidor y correlativo beneficio de la entidad bancaria, al permitirle a la entidad bancaria acudir a este procedimiento, y considerar que se ha inducido al consumidor a suscribir el contrato, sin darle la suficiente explicación de la relevante disminución de sus derechos de defensa. Las circunstancias que provocan este desequilibrio las referimos en el fundamento séptimo de esta resolución.

Apreciamos que el supuesto que nos ocupa, guarda alguna analogía con los aquellos en los cuales la jurisprudencia ha considerado la nulidad de sumisión a cláusulas arbitrales. En este sentido, en auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec 20, de 21 de julio de 2.009, se indica.

"que teniendo en cuenta el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, y la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, en las sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores C-240/98a C-244/98, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis C-473/00 y sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, en petición de decisión prejudicial planteada por la propia Sección 21ª de la Audiencia Provincial), que inciden sobre la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a los profesionales, tanto en lo referido a la capacidad de negociación, como en cuanto al nivel de información del mismo, lo que le lleva a adherirse a condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido, esta situación de desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en litigio; indicando que las previsiones del art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, trata de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional. Añadiendo que teniendo en cuenta que deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar de que equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias sea efectivo y real, y no meramente teórico, evitando que sus derechos por el juego de las normas procesales puedan verse dañados, concluye que si del examen del contrato en el que figura la cláusula de convenio arbitral, en base a la que se ha dictado el laudo cuya ejecución se pretende, se desprende la nulidad de tal convenio, aún cuando no se hubiera interesado en ningún momento la misma, no debe accederse a la ejecución de tal laudo, y ello reiteramos en base al principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario ha establecido a favor de los consumidores, siendo el juez nacional quien debe de oficio declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger adecuada y sobre todo eficazmente los derechos de los mismos en la forma prevista en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, tal y como ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas".

En la anterior sentencia no se discute en abstracto la legalidad de la posibilidad de acudir a un procedimiento arbitral, y lo esencial es que por el juego de las normas procesales pueda producirse un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, situación que estimamos se produce en el supuesto de la cláusula que nos ocupa, reiteramos una vez más, según la normativa vigente en la fecha de su contratación, remitiéndonos a los argumentos expresados en el fundamento séptimo de esta resolución.

En consecuencia, consideramos nula la cláusula que nos ocupa.

DÉCIMO.- CONTESTACIÓN A LOS MOTIVOS DEL RECURSO.

Primero.- No compartimos los argumentos de la recurrente sobre la falta de legitimación de la actora para la interposición de dicha demanda. A tal efecto, es preciso recordar que la actora ejercita una acción individual para la declaración de que una concreta condición general de la contratación es abusiva, recogida en el artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que la actora efectúa una argumentación de un marcado carácter abstracto de esta cláusula, y sostiene que la regulación de la venta judicial existente en el momento de interposición de la demanda y aplicada a su representada provoca una ventaja para el empresario y un perjuicio para el consumidor, dadas las dificultades existentes para que pueda oponer en un procedimiento de dicho tipo la existencia de cláusulas abusivas con carácter suspensivo, tomando como modelo la conocida STJUE de 14 de marzo de 2.013. Consideramos que la actora tiene legitimación para interponer esta demanda por aplicación del artículo 10 de la LEC, esto es, ostenta un interés legítimo en la cuestión. Es obvio que la actora no ha ejercitado ninguna acción colectiva en interés de un conjunto de consumidores o de intereses difusos sobre el particular, pero el efecto de uno y otro tipo de acción no es el mismo, y la individual afecta a este único contrato que nos ocupa. Ciertamente, la representación de la parte demandante sostiene que el procedimiento de venta judicial dificulta o supone una obstaculización para el ejercicio por el consumidor de una oposición a la ejecución por concurrencia de cláusulas abusivas, pero es muy poco precisa sobre qué concreta cláusula del contrato es abusiva, y alega que se la reserva para el procedimiento oportuno, si bien dice que lo sería el hecho de no haberse dirigido contra el codeudor solidario y exesposo de la demandante, que por ser solvente, se hubiera evitado la ejecución, y en el escrito de oposición dice que el Notario es escogido por la entidad actora con merma del principio de imparcialidad, que no cabe ningún recurso frente a la decisión de la entidad de iniciar el proceso de ejecución, no poder acudir a una asistencia jurídica gratuita en aquellos casos en los que pueda acogerse, supone la pérdida de la vivienda familiar. Consideramos que en este procedimiento no se trata de examinar si la escritura de constitución de hipoteca tiene o no alguna determinada cláusula abusiva, sino, el determinar si el pacto concreto, que es una condición general de la contratación, supone una merma de los derechos del consumidor de modo que le impide la alegación de una cláusula abusiva. Con la referencia a un carácter puramente instrumental de la demanda parece que se quiere indicar que se interpone la demanda como un cauce para lograr una declaración de que el procedimiento de venta judicial en abstracto es contrario a la Directiva antes citada, pero reiteramos que lo que se solicita es que se declare la abusividad en relación con un pacto que permite a la acreedora acudir a este concreto procedimiento, precisamente el que más obstaculiza el ejercicio de posibles acciones en perjuicio del consumidor.

Segundo.- Lo que se tacha de abusiva es la condición general de la contratación que permite al acreedor concurrir al procedimiento de venta extrajudicial, con la merma de derechos que ello comporta en comparación con los restantes procedimientos judiciales, y cuyo pacto precisamente es configurado como un requisito esencial para que el acreedor pueda acudir al mismo. La inaplicación de la normativa española es una consecuencia de la consideración de que dicha condición general de la contratación es abusiva, con las consecuencias que ello comporta según la Directiva 13/93/CE, y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que constituye la transposición de la anterior al ordenamiento jurídico español. En cuanto a la alegación de que un procedimiento judicial por el hecho de que se halle recogido en una norma con rango legal, por tal motivo no es abusivo y no hay desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, no se corresponde con la doctrina derivada de las sentencias del TJUE, y entre ellas, la tan citada de 14 de marzo de 2.013 relativas al procedimiento de ejecución hipotecario español. Es cierto que la indicada estipulación nº 11 se remite al procedimiento de ejecución hipotecaria sin aminorar las garantías procedimentales de los demandados recogidas en dicha norma, pero tal circunstancia en modo alguno impide la realización del juicio de transparencia o de contenido de la jurisprudencia comunitaria. Asimismo, concordamos la existencia de dos sentencias de Juzgados de lo Mercantil que discrepan de la abusividad de dicha cláusula, una de ellas anterior a la aludida STJUE de 14 de marzo de 2.012, que pone de relieve que nos hallamos ante una cuestión controvertida, si bien no nos consta sentencia de Audiencia Provincial sobre el particular. La alegada SAP de Cáceres de 25.02.2.013 la consideramos inaplicable al caso concreto, pues la abusividad no se reclamaba por un consumidor.

Tercero.- En cuanto al juicio de contenido ya se ha tratado la cuestión de falta de legitimación o de abstracción de la reclamación efectuada. Se suscita si, en atención a las modificaciones legislativas habidas con posterioridad a la interposición de la demanda, el Juzgador de instancia pudo efectuar un control de oficio de posibles cláusulas abusivas, o si la ahora demandante pudo acudir al incidente extraordinario de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2.013 como cauce para alegar posibles cláusulas abusivas. Consideramos que no era función del Juzgador de primera instancia ni en segunda instancia de esta Sala, el examinar de oficio posibles cláusulas abusivas, pues de lo que se trata en esta litis es determinar si

la estipulación 11 de la escritura pública de constitución de hipoteca es o no abusiva atendidas las circunstancias existentes en la fecha de su otorgamiento y en la ejecución, y su objeto no era el apreciar de oficio tales cláusulas. En cuanto al incidente extraordinario, ciertamente, la parte actora, al no haberse producido el lanzamiento, hubiera podido acudir al mismo y oponer posibles cláusulas abusivas, pero debemos recordar que en el ámbito procesal y por aplicación del artículo 411 de la LEC consideramos que no puede obligarse a quien ya ha interpuesto una demanda como la que nos ocupa a acudir a este incidente extraordinario en base a una normativa que ha entrado en vigor cinco meses después de la interposición de la misma. Es obvio que la parte actora no desea rapidez en el tratamiento de las cláusulas abusivas, pues hubiere podido acudir a dicho procedimiento, pero la pendencia del que nos ocupa, no le obliga a ello, y "prima facie" no apreciamos que pueda producirse algún efecto negativo, como el de cosa juzgada negativa en el futuro.

Respecto del principio de autonomía de la voluntad, es preciso recordar que el consumidor ha prestado su consentimiento general a la celebración del contrato, pero no ha podido ejercer su verdadera libertad negocial para discutir la existencia de la cláusula concreta y su alcance, y está en situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información con el que adopta sus decisiones y presta su consentimiento. A tenor de la STS de 12 de diciembre de 2.011, puede concluirse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no es contrario al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 CC, y así refiere:

"Es cierto que nuestro sistema contractual se basa en el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares, tanto para celebrar el contrato, como para determinar su contenido – artículo 1255 del Código Civil .

También lo es que dicha autonomía guarda una relación estrecha con la iniciativa privada en la actividad económica, que protege el artículo 38 de la Constitución Española y que alcanza, además de a la libertad de creación de empresas, a la de adoptar las decisiones empresariales – la sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993, de 2 de agosto, precisó, al respecto, que " si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña (...) el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado" –.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que nos hallamos ante una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes contratantes y que la otra es un consumidor. Y, ello supuesto, que el ejercicio de la autonomía de voluntad está sometido a límites que pueden alcanzar a los elementos esenciales del contrato, como resulta del propio artículo 1255. Y, también, que lo propio debe afirmarse de la libertad de empresa, la cual guarda relación con el contenido de otros preceptos de la Constitución Española, conforme al canon de la totalidad o sistema, pues con ellos " viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos, al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad " – sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 28 de noviembre –.

Entre esas normas, hay que mencionar especialmente la del artículo 51, apartado 1, que, para hacer realidad uno de los principios rectores de la política social y económica española, impone a los poderes públicos el deber de garantizar la defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores."

En cuanto a la determinación de si el procedimiento de venta extrajudicial beneficia a la actora, debe ser dicha propia actora quien determine lo que le beneficie y perjudica en su situación concreta, y, si bien, ciertamente, declarada la nulidad de este procedimiento se habrán devengado entre tanto intereses moratorios (salvo que se declarasen abusivos) que incrementarán notablemente el importe de la deuda, por otra parte, entre tanto, ostentará la posesión material de la vivienda y le permitirá la adjudicación a la actora por una suma superior del 70% del valor de tasación según normativa vigente. Uno de los codemandados en el procedimiento –el exmarido de la actora– no ha efectuado alegación alguna.

Cuarto. Es cierto que por la actora se critica en bloque el sistema de la venta extrajudicial, pero ello no modifica conclusión alguna. No compartimos la argumentación de que el consumidor no está en peor condición en el proceso de venta extrajudicial que en la venta judicial, y que, si bien hay diferencias de regulación, están justificadas por la diferente naturaleza de ambos sistemas de realización, y en contestación a las argumentaciones de la recurrente debemos señalar: A) Sobre el efecto vertical, y no horizontal de las Directivas comunitarias, debemos recordar que, en lo sustancial la Directiva 13/93/CE está transpuesta al ordenamiento interno por la Ley 7/1.998 de Condiciones Generales de la Contratación, y nos hallamos en una situación que guarda analogía con el de la tan aludida STJUE de 14 de marzo de 2.013, si bien éste último relativo al procedimiento de ejecución hipotecaria, y que considera que dicha regulación es parcialmente contraria a la Directiva. En cuanto a directivas no transpuestas, la STJCE, Caso Marleasing admite la eficacia horizontal de las mismas, así como las STS de 8 de noviembre de 1.996, 28 de noviembre de 1.997 y 27 de marzo de 2.009. B) Sobre el requisito de la buena fe, concordamos que el procedimiento de venta extrajudicial no ha sido diseñado por el acreedor, sino por el legislador en la normativa procesal, y probablemente no sea sorpresiva, precisamente por tratarse de uno de los procedimientos al que un acreedor hipotecario puede acudir, siempre que hubiere sido pactado expresamente por las partes tal posibilidad, pero ello no quiere decir que el relevante desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes atendida la normativa vigente en la ejecución realizada, no comporte una utilización del procedimiento que no es conforme con el principio de buena fe. C) Esta resolución no es el trámite adecuado para dictaminar en abstracto si los restantes procedimientos existentes de realización privada de bienes dados en garantía suponen cláusulas abusivas en supuestos de intervención de consumidores. Es difícil determinar si el consumidor hubiera aceptado en el marco de una negociación individual una cláusula como la que nos ocupa, y que hubiere contratado igualmente si el empresario no hubiera aceptado la eliminación del pacto, y podría especularse sobre si consideraban que podrían cumplir con normalidad con el pago de las cuotas, y no pensasen en las consecuencias que ha conllevado la crisis matrimonial de los prestatarios, pero no obra prueba de que los empleados del banco les explicasen que con esta cláusula se acogían a un procedimiento de ejecución, con las posibilidades de alegación de motivos de oposición más restringidas de entre todos los procedimientos de ejecución regulados por la legislación vigente. El silencio de la parte durante ocho años es irrelevante.

Quinto. Sobre el control de contenido discrepamos de la argumentación de que no se da ninguno de los presupuestos de desequilibrio, y ciertamente, pueden considerarse como usuales en el tráfico jurídico, lo que es una circunstancia muy frecuente en las condiciones generales de la contratación, destinadas a ser aplicadas por el empresario a una multiplicidad de personas con las que contrata. Se discrepa sobre la similitud de contenido y de efectos, como antes se ha razonado

Sexta. Se argumenta que la diferencia con el procedimiento de ejecución hipotecaria se justifica y es inevitable por el hecho de que el Notario no puede declarar la existencia de cláusulas abusivas por ser competencia de los Tribunales de Justicia. Al respecto, si bien es evidente que el Notario no puede declarar tal abusividad, y debe limitarse a advertirlo al consumidor lo decisivo no es el hecho de que un consumidor deba acudir necesariamente a un procedimiento judicial, sino las circunstancias antes referidas recogidas en la STJUE de 14 de marzo de 2.013.

Séptimo. Como antes se ha reseñado, consideramos que el procedimiento de venta extrajudicial es de naturaleza procesal y por tanto decae este motivo.

DÉCIMOPRIMERO.– En cuanto a la cuestión de prejudicialidad solicitada en el escrito de oposición al recurso por la parte demandada, consideramos improcedente su planteamiento, atendiendo a las recomendaciones del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2.012, pues la función de dicho Tribunal, conforme se recoge en el apartado 7, " en el marco del procedimiento prejudicial consiste en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal. De esa labor es responsable el órgano jurisdiccional nacional, y, por tanto, al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las eventuales diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional ", que es precisamente lo que la parte apelante pretende con el planteamiento de la cuestión

DÉCIMOSEGUNDO .- COSTAS PROCESALES

En cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia, la Sala considera procedente hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 394.1 de la LEC , y no efectuar expresa imposición de costas por la novedosa cuestión jurídica planteada en este procedimiento, susceptible de ser considerada como un supuesto de serias dudas de derecho, con existencia de sentencias discrepantes de Juzgados de lo Mercantil, tal como acertadamente se razona en la sentencia de instancia.

Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Décimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2.009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición

FALLAMOS

1) QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D. Francisco Tortella Tugores, en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito SA, contra la sentencia de fecha 3 de enero de 2.014 , 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.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.