



Roj: **AJPI 6/2014 - ECLI: ES:JPI:2014:6A**

Id Cendoj: **28079420842014200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Madrid**

Sección: **84**

Fecha: **03/02/2014**

Nº de Recurso: **435/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAQUEL BLAZQUEZ MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA 84

ETNJ 435/2011

Ejecutante: BANCO FINANCIERO DE AHORRO S.A.

Procurador/a: D. Manuel Sánchez-Puelles Guonzález Carvajal

Letrado/a: D . Emilio de Navasqués Cobián

Ejecutados:

David

Procurador/a: Dª Mª Luisa Garcisánchez de Gustín

Letrado/a: Dª Mª Luisa Herrero Rández

Dª Justa

No personada en la ejecución

AUTO

Magistrada-Juez

Sra. Dª. Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 3 de febrero de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante este Juzgado se tramita la presente ejecución de título no judicial número **435/2011**, entre las partes identificadas en el encabezamiento de esta resolución, a raíz de la demanda ejecutiva formulada en reclamación de la suma de 168.003,68.- euros, más intereses y costas.

SEGUNDO.- Por escrito de 19 de noviembre de 2012 los demandados solicitaron la suspensión de las actuaciones, petición centrada esencialmente en la pendencia de la STJUE en el asunto C-415/2011 , relativo a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona sobre la compatibilidad entre el proceso de **ejecución hipotecaria** y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por providencia de 27 de noviembre de 2012 se acordó dar traslado a la representación y defensa del demandado D. David , único personado en las actuaciones, para que pudiera plantear en forma, con firma de abogado y procurador, cuantas pretensiones considerara convenientes, si bien teniendo en cuenta que el presente procedimiento no es un proceso de **ejecución hipotecaria** que lleve aparejado el lanzamiento.

TERCERO.- Por escrito de 21 de diciembre de 2012 la defensa de D. David asumió el contenido del escrito que había sido presentado por los ejecutados en su propio nombre. En el traslado conferido, la parte ejecutante se



opuso a la suspensión solicitada. Tras nuevos escritos del ejecutado personado, presentados el 26 de marzo de 2013, sobre la STJUE dictada el 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/2011, se dictó la providencia de 2 de abril de 2013, en la que se acordó conceder a los ejecutados el plazo de diez días para que, con referencia a este concreto procedimiento, expusieran sus alegaciones sobre las cláusulas del préstamo hipotecario en el que habían actuado como fiadores que pudieran tener la consideración de abusivas, así como sobre el efecto que tal consideración pudiera tener sobre la presente ejecución. En la misma resolución se declaró vacía de contenido la petición de suspensión del curso de las actuaciones.

TERCERO.- El plazo concedido a los ejecutados hubo de ser suspendido para recabar el testimonio del procedimiento de **ejecución hipotecaria** 1326/2007 del Juzgado de 1ª Instancia 1 de Móstoles. Una vez recibido dicho testimonio, ambas partes plantearon sus alegaciones en sendos escritos de 11 de junio y 31 de julio de 2013.

CUARTO .- Por providencia de 17 de septiembre de 2013 se acordó, a la vista del escrito de alegaciones presentado por la defensa de BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A. y la necesidad de recabar los elementos de hecho y derecho necesarios para resolver sobre la posible abusividad de las cláusulas identificadas en el escrito presentado por la defensa de D. David, en aplicación de la doctrina contenida, entre otras, en la STJUE de 14 de junio de 2012 (apartado 44), la práctica de las siguientes diligencias de prueba:

1.- Librar nuevo exhorto el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Móstoles para que completara el testimonio ya solicitado respecto de la **Ejecución Hipotecaria** 1326/2007, en el sentido de remitir testimonio íntegro de las actuaciones practicadas desde el acta de subasta de 24 de junio de 2008 y hasta la finalización del procedimiento.

2.- Requerir a la parte ejecutante para que en el plazo de diez días justificara documentalmente el valor otorgado en los balances de la entidad bancaria a la vivienda hipotecada y adjudicada en subasta conforme a las Circulares del Banco de España 4/2004 y 3/2010 y, en su caso, el precio por el que haya sido enajenada y la fecha de la enajenación, con apercibimiento de que no aportar la documentación justificativa solicitada podrá valorarse esta omisión al resolver sobre el fondo de la cuestión planteada sobre la abusividad de la cláusula relativa a la extensión de la fianza.

QUINTO.- Tras diversos escritos de Banco Financiero y de Ahorro S.A. sobre el valor contable de la vivienda adjudicada y la venta de la misma y varias resoluciones de este Juzgado sobre la aportación de la escritura de venta, y tras la recepción del exhorto librado al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles, quedaron los autos conclusos para resolver sobre la cuestión planteada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes que deben ser tenidos en cuenta en esta resolución

1.- La escritura de préstamo hipotecario con la garantía personal solidaria de los ejecutados en este procedimiento.

La escritura pública que ha dado lugar a esta ejecución es la escritura de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Madrid D. Luciano Marín Carrera el 16 de diciembre de 2005, con número de protocolo tres mil quinientos cuarenta y siete, en la que actuó la antigua Caja de Ahorros y Monte de Piedad Madrid en calidad de prestamista, D. Jenaro y Dª Sonsoles como prestatarios y, por último, los ejecutados en este procedimiento, D. David y Dª Justa y una tercera persona, Dª María Cristina, como parte "fiadora y **avalista**". Sin perjuicio del estudio más detallado que podrá realizarse en el análisis de las alegaciones de las partes sobre la posible abusividad de algunas de las cláusulas recogidas en esta escritura, se expondrán a continuación las estipulaciones más relevantes de la misma:

1.- D. Jenaro, titular de la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 NUM001 NUM002 de Móstoles, que acababa de adquirir en escritura pública de esa misma fecha y ante el mismo Notario (número de protocolo inmediatamente anterior al del préstamo hipotecario, tres mil setecientos cuarenta y seis), constituyó una hipoteca sobre dicha vivienda en garantía del préstamo concedido por Caja Madrid a él y a Dª Sonsoles, por importe de **231.215,70.- euros**.

2.- El préstamo debía ser devuelto en 360 cuotas, comprensivas de capital e intereses. Dichas cuotas serían crecientes, en una progresión del 2% anual, siendo la inicial de 743,45.- euros. El interés remuneratorio se fijó en un 3% revisable semestralmente sobre la referencia Euribor a un año, incrementado en un diferencial del 1,5%. A efectos del derecho real de hipoteca, se hizo constar que el interés no podía superar un máximo del 13%.

3.- Se fijó una comisión por morosidad de 30 euros, que podría reclamarse por recibo vencido y no pagado. El interés de demora se cifró en el tipo de interés remuneratorio incrementado en cuatro puntos. Los intereses



moratorios liquidados y no satisfechos podrían capitalizarse por trimestres naturales vencidos, para devengar nuevos intereses según el artículo 317 del Código de Comercio . La mora se produciría por el mero hecho de dejar desatendido uno cualquiera de los pagos, sin previo aviso ni requerimiento especial alguno.

4.- Se establecieron diversas causas de resolución anticipada y, en lo que ahora interesa: (i) la falta de pago de una cuota cualquier de amortización; (ii) el impago de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca hipotecada; (iii) el arrendamiento por renta que no cubra la cuota de amortización.

5.- Caja Madrid quedó especialmente facultada para adeudar en cualquiera de las cuentas que los prestatarios y fiadores tuvieran abiertas en la entidad el importe de las cantidades debidas por cualquier concepto derivado del contrato, así como para compensar en cualquier momento, en las cantidades concurrentes, el importe de la deuda con cualquier derecho de cobro, depósito o activo financiero de que fueran titulares, con independencia de la fecha de vencimiento de los mismos que, a esos efectos, podía anticipar la Caja. En el mismo sentido, los prestatarios y fiadores conferían a Caja Madrid un mandato irrevocable, con facultad de sustitución, para la venta y cancelación anticipada de los títulos, valores o efectos depositados en la entidad.

6.- La hipoteca se constituyó para responder de un capital de 231.215,70 céntimos, de 18 mensualidades de intereses remuneratorios al 3% y de 24 mensualidades de intereses de demora, más otros 34.682,35.- euros para costas y gastos. La vivienda hipotecada fue tasada en **228.700.- euros**.

7.- Los prestatarios prestaron su consentimiento para que las segundas copias que de dicha escritura pueda solicitar la Caja tuvieran carácter ejecutivo y así se hiciera constar en la nota de expedición de las mismas.

8.- Con independencia de la hipoteca constituida en la escritura y de las demás garantías personales o reales que se hubieran podido pactar en el contrato, se garantizó especialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, solidariamente con los deudores principales y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por D. David , D^a Justa y D^a María Cristina . Añadía esta cláusula de garantía adicional lo siguiente: " *en consecuencia, en ningún caso el afianzamiento prestado se extinguirá si el préstamo entra en situación de morosidad, continuando los fiadores respondiendo de forma solidaria hasta la cantidad a la que se han obligado, aún cuando se amortice el préstamo de forma no voluntaria, como consecuencia de las acciones de todo tipo que la Caja desarrolle para la recuperación de la deuda. Por tanto, la Caja podrá reclamar a los fiadores solidarios hasta la cantidad a la que se han comprometido, incluso una vez ejecutada y rematada la garantía hipotecaria, en tanto no se cubra la totalidad de la deuda, subsistiendo con plenos efectos su obligación de fianza hasta la cancelación total de la deuda* " .

Y, a renglón seguido: " *Los fiadores consienten desde ahora, a todos los efectos, las modificaciones de las condiciones del préstamo que se formaliza en este instrumento que puedan convenir en el futuro al acreedor y al deudor principales, siempre y cuando no supongan variación del importe del préstamo y del tipo de interés, salvo lo dispuesto en este contrato. Dan su expresa conformidad a cualquier género de tolerancias que, en régimen de excepción, la entidad acreedora tenga con el prestatario, consistente en una eventual moratoria, sin necesidad de que se les notifique. Los fiadores relevan al acreedor de toda obligación de notificarle la falta de pago del deudor* " .

9.- En el apartado rotulado "advertencias en cumplimiento de la Orden de 5 de mayo de 1994" se hizo constar que la escritura había estado a disposición de los prestatarios en el despacho del notario durante los tres días hábiles anteriores al del otorgamiento. Esta puesta a disposición no se hizo extensiva a los fiadores.

10.- A la escritura se incorporó la tasación realizada por la empresa TASAMADRID en 228.700.- euros.

II.- *El procedimiento de **ejecución hipotecaria** 1326/2007 del Juzgado de 1^a Instancia número 1 de Móstoles.*

Este procedimiento de **ejecución hipotecaria** se inició con la primera copia escritura de préstamo hipotecario y el documento fehaciente de liquidación del préstamo hipotecario expedido por el Notario D. Pedro de Elizalde y Aymerich, en el que se establecía como saldo debido a 18 de octubre de 2007 la suma de **232.195,89.- euros**. Para verificar la corrección del saldo, el Notario afirmó haber examinado toda la documentación necesaria y, entre ella, el certificado de cierre de la cuenta así como el extracto de información contable de las distintas partidas.

La demanda de **ejecución hipotecaria** fue presentada el 12 de diciembre de 2007 y en ella se explicaba (hecho quinto) que las cuotas de amortización vencidas a partir del 16 de julio de 2007 habían resultado impagadas. De la documentación aportada con la demanda resultaba que del capital prestado se habían amortizado 3.346,92.- euros, que quedaban pendientes 227.686,78.- euros de capital, 4.266,24.- euros de intereses remuneratorios y 60,87.- euros de intereses de demora. La suma de todas estas partidas integraba el total reclamado de **232.195,89.- euros**. Los trámites más relevantes del procedimiento de **ejecución hipotecaria** son los siguientes:



1.- La demanda se admitió a trámite por auto de 10 de enero de 2008, en el que se acordó el requerimiento de pago de los demandados y librar el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad para la expedición de la certificación de cargas. Los demandados no se opusieron a la ejecución.

2.- Por diligencia de ordenación de 24 de marzo de 2008 se acordó sacar el inmueble a pública subasta, para la que se fijó el tipo de 228.700.- euros.

3.- La subasta se celebró el 24 de junio de 2008 y a ella no acudió ningún licitador, por lo que se acordó dar traslado a la parte ejecutante para que en el plazo legal (veinte días) pudiera pedir la adjudicación de la vivienda por el 50% del tipo de subasta o por la cuantía de la deuda, de acuerdo con la redacción entonces vigente del artículo 671 LEC .

4.- La entidad ejecutante solicitó la adjudicación de la vivienda por el 50% del tipo de subasta y por auto de 16 de julio de 2008 se acordó dicha adjudicación por el importe de 114.350.- euros.

5.- Por providencia de 30 de septiembre de 2008 se acordó la entrega de testimonio del auto para su inscripción en el Registro, así como expedir el mandamiento de cancelación de cargas. El Registrador extendió calificación de defectos subsanables, por considerar que la suma reclamada, 232.195,89.- euros, era superior a la garantía hipotecaria, 231.215,70.- euros. El Juzgado dictó a continuación la providencia de 2 de diciembre de 2008, motivando su desacuerdo con la calificación del Registrador, pero en el procedimiento no constan más actuaciones sobre la inscripción. Tras el lanzamiento practicado el 3 de marzo de 2009, no hay ninguna otra actuación hasta que el 20 de octubre de 2009 la entidad ejecutante solicitó el desglose de los documentos y el 21 de enero de 2010 el archivo de las actuaciones. El Juzgado le requirió para que aclarara el concepto que justificaba el archivo y, al no obtener respuesta, dictó auto de desistimiento sin imposición de costas en fecha 10 de febrero de 2010.

III.- La venta de la vivienda

De la documentación aportada por BFA resulta que la vivienda que le fue adjudicada fue vendida a dos personas físicas en escritura pública de 16 de diciembre de 2009 por la suma de 96.000.- euros.

IV.- La liquidación presentada con la demanda ejecutiva que ha dado lugar a este procedimiento

Con la demanda ejecutiva se aportó el acta notarial de fijación del saldo, al amparo del artículo 573.1.2º LEC , extendida el 9 de febrero de 2011 por el Notario D. Pedro de Elizalde y Aymerich, en la que se determina el saldo deudor en 168.003,68.- euros, cantidad que resulta de: (i) restar del saldo fijado para la **ejecución hipotecaria** la cantidad por la que se adjudicó la vivienda a Caja Madrid (114.350.- euros); (ii) adicionar una primera partida de intereses al 9,750% (16.870.- euros), que se suman al principal y se capitalizan, al menos en apariencia; (iii) sumar una segunda partida de intereses, también al 9,750%, aunque ya no capitalizados, de 33.287,01.- euros.

V.- Las actuaciones practicadas en esta ejecución

Tras el despacho de la ejecución se ha embargado la vivienda en la que residen los ejecutados, madre e hijo, sita en la CALLE001 número NUM003 NUM004 NUM005 de esta ciudad y una finca rústica en la localidad de Irueste. Ambos demandados solicitaron el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, que fue concedido a D. David y negado a D^a Justa , cuyos ingresos mensuales en la fecha de la solicitud eran de 1.517,93.- euros brutos, junto con una pensión de viudedad de 374,36.- euros. Por vía de mejora de embargo se acordó la traba sobre los salarios y pensiones que percibieran los ejecutados y sobre determinadas cuentas bancarias. Se obtuvo de las cuentas 404,60.- euros. El INSS comenzó a retener mensualmente la suma de 202,34.- euros a partir del mes de junio de 2012 sobre la pensión que abona a D^a Justa y así lo ha seguido haciendo hasta la fecha. Se ha entregado a la parte ejecutante la suma de **2.487,52.- euros** y quedan consignados en la cuenta del Juzgado **2.938,15.- euros** (s.e.u.o.)

SEGUNDO.- Las alegaciones del ejecutado personado sobre cláusulas abusivas

La pretensión de la parte ejecutada se basa en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto prejudicial C-415/2011), que considera contrario a la Directiva 93/13 /CEE un procedimiento de **ejecución hipotecaria** que no permite al consumidor alegar la existencia de cláusulas abusivas y que obliga al Juez nacional a apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Por otro lado, la defensa de D. David considera que la disposición transitoria de la Ley 1/2013, que ha entrado en vigor durante la tramitación del procedimiento, es inconstitucional y que esta misma naturaleza debe precisarse del artículo 695.4 LEC , en la redacción dada por dicha Ley, en cuanto deniega el derecho al recurso de apelación a la parte ejecutada contra el auto que resuelve sobre la abusividad de las cláusulas,



derecho que sí se reconoce, en cambio, a la parte ejecutante. A partir de estas consideraciones generales, expone:

1.- Que el procedimiento de **ejecución hipotecaria** seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Móstoles es nulo, porque se tramitó de acuerdo con la normativa nacional contraria al derecho comunitario y vulneró los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (derecho a una vivienda adecuada) y 3 y 8 del Convenio de Roma, así como el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 15, 18, 47, y 39 de la Constitución.

2.- Que la continuación de la ejecución contra los fiadores vulnera los artículos 6.1, 13, 14 y 47 del Convenio de Roma.

3.- Las cláusulas que se consideran abusivas, que se enumeran después de una exposición sobre la regulación y naturaleza de dichas cláusulas en el Real Decreto Legislativo 1/2007 y en LDCU y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación son las siguientes:

3.1.- La cláusula de garantía adicional basada en la fianza solidaria de los aquí demandados, en cuanto permite continuar la ejecución frente a los fiadores tras la adjudicación de la vivienda en el procedimiento hipotecario. La consideración de abusividad se basa en que cuando la entidad bancaria se adjudica la vivienda en el procedimiento hipotecario, debe estarse a la valoración pactada en la escritura de hipoteca como tipo de la subasta, porque supone un acto propio que le vincula y porque debe producir el efecto de satisfacer el crédito hasta ese límite, dado que lo que recibe es un inmueble en su valor real y no el valor circunstancial que resulta de su elección sobre si la adjudicación lo es por el total de la deuda o por el 50% del tipo de subasta. Lo contrario sería, según expone un **abuso de derecho** o un supuesto de ejercicio antisocial del mismo. Cita como jurisprudencia de apoyo el auto de la AP de Navarra de 17 de noviembre de 2010 y un auto sin fecha del Juzgado de Instrucción 8 de Valladolid, así como la SAP Girona de 16 de septiembre de 2011.

3.2.- La cláusula que establece una comisión de 30 euros por gestión de cobros de impagados o reclamación de posiciones deudoras (cláusula tercera), que se considera vulneradora de la Circular del Banco de España 8/1990 (norma 3ª, apartado 3) y del número quinto de la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a los clientes y publicidad.

3.3.- La cláusula sexta, relativa a los intereses de demora, que se consideran desproporcionadamente altos.

3.4.- La responsabilidad universal impuesta en sustitución de la responsabilidad limitada prevista en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, sin la adecuada información de los deudores.

3.5.- La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota o por incumplimiento de obligaciones accesorias y de escasa trascendencia, como el impago de un recibo de contribución, el incendio de la finca hipotecada, el arrendamiento por renta que no cubra la cuota de amortización.

3.6.- La cláusula que permite la cesión de derechos al prestatario y no al prestamista (cláusula séptima)

3.7.- La cláusula que permite la liquidación unilateral de la deuda (cláusula tercera) porque impide a los deudores conocer si es resultado de la liquidación coincide con la deuda realmente existente y porque vulnera el artículo 218 del Decreto de 2 de junio de 1944, de Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

3.8.- La cláusula que permite la capitalización de los intereses (cláusula sexta) con vulneración de la redacción actual del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que resulta aplicable a los intereses devengados por créditos anteriores, si no hubieran sido satisfechos, según la DT de la Ley 1/2013.

4.- El escrito acaba solicitando el planteamiento de la cuestión de inconstitucional ante el TC de la DT de la Ley 1/2013 (sin aclarar si el planteamiento debía afectar también al artículo 695.4 LEC) y, subsidiariamente, el sobreseimiento de la ejecución por efecto de las cláusulas abusivas mencionadas.

TERCERO.- Las alegaciones de la parte ejecutante

La parte demandante, después de exponer que la demanda ejecutiva se basa en el artículo 579 de la LEC y en la determinación de una deuda, después de la finalización del procedimiento hipotecario, de 168.003,68.- euros, considera que los fiadores no están legitimados para discutir el posible carácter abusivo de la escritura de préstamo hipotecario según la DT 4ª de la Ley 1/2013.

En todo caso, alega que ninguna de las cláusulas invocadas es abusiva, porque (i) la continuación de la ejecución contra el **avalista** está expresamente prevista en el artículo 579 y deriva además del pacto voluntario de fianza. (ii) No se ha reclamado ningún concepto por comisiones. (iii) el interés de demora es del 9,75% y sobre el capital pendiente, por lo que cumple los límites fijados en la redacción actual del artículo 114 de la LH. (iv) La responsabilidad universal de los prestatarios no afecta a esta ejecución contra los fiadores. (v) En



el mismo sentido, la cláusula de vencimiento anticipado no es abusiva y tampoco afecta a los fiadores. (vi) La cláusula de cesión del crédito no tiene ninguna incidencia en esta ejecución. (vii) La liquidación unilateral no es una cláusula abusiva y, para garantía del consumidor, está intervenida por fedatario público. (viii) En la liquidación aportada en esta ejecución no hay capitalización de intereses. Alegó, como cita jurisprudencial de apoyo, el contenido del auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia 100 el 10 de julio de 2013 en la **Ejecución Hipotecaria** 81/2012.

CUARTO.- Ámbito de resolución del presente auto

En los siguientes fundamentos jurídicos se intentará dar respuesta a las alegaciones de las partes sobre si en las cláusulas antes mencionadas concurren o no los requisitos necesarios para declarar su abusividad, pero antes de ello conviene aclarar que éste, y no otro, es el limitado sentido que puede tener esta resolución, con efectos, además, circunscritos al proceso de ejecución. Sirva esta aclaración como explicación de las razones por las que este auto no puede entrar a resolver la solicitada declaración de nulidad del previo proceso de **ejecución hipotecaria**, porque ni la STJUE de 14 de marzo de 2013 ni la reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013 pueden tener los efectos retroactivos que se pretenden sobre procedimientos ya finalizados por resolución firme (a fecha del dictado de esa sentencia o de la entrada en vigor de la reforma) y porque, en todo caso, la declaración de nulidad de un proceso de **ejecución hipotecaria** precisaría de la tramitación de un procedimiento declarativo, de modo que esa declaración excede, con mucho, del limitado ámbito de decisión de esta resolución, ceñida a la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo que sirvió de base a la iniciación de este procedimiento en lo que pueda afectar a los fiadores del crédito hipotecario, parte demandada en él.

QUINTO.- La posición de quienes han actuado como fiadores personales en la escritura de préstamo hipotecario.

La posición de las personas físicas que actúan como fiadores solidarios en una escritura de préstamo hipotecario no ha sido objeto de una regulación específica. Las menciones más destacadas son las contenidas en el artículo 579 y en el artículo 3 de la Ley 1/2013. No obstante, cuando se trata de fiadores-personas físicas que han avalado a familiares o amigos en sus préstamos hipotecarios, como es el caso, pueden concurrir en ellos circunstancias muy similares a los de los deudores hipotecarios: son demandados en un proceso de ejecución, con limitadas posibilidades de defensa, generalmente tras un previo proceso de **ejecución hipotecaria** que no ha logrado la íntegra satisfacción del acreedor y pueden verse afectados, como aquí sucede, por el embargo de su propia vivienda habitual, susceptible de avanzar por la vía de apremio hasta su venta en pública subasta.

El artículo 579, en la redacción vigente a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva, 9 de marzo de 2011, establecía que " *cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*". La jurisprudencia había interpretado, en términos generales, que no era posible acumular en la **ejecución hipotecaria** la acción real contra el bien y la acción personal contra los fiadores si bien, después de adjudicado el bien, se admitía el acreedor se dirigiera contra los fiadores en otro procedimiento de ejecución, como es el caso.

El precepto fue reformado por la Ley 1/2013, en vigor desde el 15 de mayo de 2013, dejando la redacción como sigue: " *1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*". En esta referencia genérica a "contra quienes proceda" están incluidos quienes han actuado como fiadores en el préstamo hipotecario.

La reforma citada añadió un nuevo párrafo al precepto para regular una especialidad aplicable a los casos en que la adjudicación en el proceso hipotecario se refiere a la vivienda habitual y el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, en cuyo caso la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a determinadas especialidades que implican la liberación del ejecutado si cubre determinados porcentajes de la deuda pendientes en los plazos establecidos en ese artículo:

a). Si en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, paga el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago, el deudor hipotecario quedará liberado.



b). Se producirá la liberación del deudor en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años.

Se prevé igualmente la participación del ejecutado en la eventual revalorización futura de la vivienda, cuya deuda se ve minorada en determinada proporción de las plusvalías logradas.

La Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, por su parte, establece que " *Lo dispuesto en el art. 579.2 a) (...) será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos del apartado 2 a) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014* ".

El artículo 599.2.a) sería aplicable, por tanto, a los deudores de la ejecución 1326/2007 del Juzgado número 1 de Móstoles, que quedarán liberados de la deuda pendiente (i) si antes del 1 de enero de 2014 (por la prórroga automática que operaría sobre el plazo con vencimiento el 16 de julio de 2013, esto es, cinco años contados desde el auto de adjudicación) abonan el 65% de la deuda pendiente (76.599,83.- euros, más el interés legal); o (ii) si antes del 16 de julio de 2018 pagan el 85% (100.169.- euros, más el interés legal). El ejercicio de esta facultad podría afectar, como es evidente, a la posición de los fiadores.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1/2013 establece que " *los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión*".

Al ser la fianza es un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona física en la que concurre la condición de consumidor y de un crédito hipotecario concedido para la adquisición de su vivienda habitual, el régimen tuitivo derivado de la LDCU es extensible a los fiadores, salvo que éstos actúen en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, que no es el caso. Como dice la SAP Madrid, sección 12, del 14 de marzo de 2013 (ROJ: SAP M 4248/2013), no es admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas. Por tanto, ninguna duda existe acerca de la aplicabilidad a este procedimiento de las normas de la LDCU, en la versión vigente en la fecha en que se firmó el préstamo hipotecario con la intervención de los fiadores, esto es, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En los últimos años se han dictado diversas normas relacionadas directa o indirectamente con la protección de los deudores hipotecarios (vid. RDL 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito; RDL 6/2010, de 9 de abril; RD 749/2010, de 7 de junio, por el que se modifica el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva -para crear los conocidos como "sidepockets" en que "se alojan los activos afectados por la situación excepcional que dificulta su valoración y hace disminuir su liquidez", lo que permite gestionar con normalidad el resto-; RDL 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros; RDL 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero; Ley 2/2011, de Economía Sostenible; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, entre otras cuestiones; RDL 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito; RDL 2/2012, de 3 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero; RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

Y si bien estas normas no son directamente aplicables a este caso, en el que los ejecutados no son propiamente los deudores hipotecarios, sino sus fiadores, sí marcan una línea interpretativa que evidencia que la situación en la que se encuentra el deudor hipotecario con escasos recursos que se ve sometido a un proceso de ejecución hipotecario no difiere en absoluto del fiador que ha garantizado el cumplimiento de sus obligaciones y que, a la postre, se ve demandado en un procedimiento de ejecución instado por la entidad bancaria que, pese a adjudicarse la vivienda en el proceso hipotecario, se acogió a una determinada valoración de esa adjudicación que le permite seguir reclamado el resto de la deuda a los fiadores.

SEXTO.- La alegada inconstitucionalidad de la Ley 1/2013 y del artículo 695 de la LEC



Como es sabido, la Ley 1/2013 modificó diversos artículos de la LEC en sede de ejecución general y de **ejecución hipotecaria**. Dicha ley entró en vigor el 15 de mayo de 2013 y su disposición transitoria cuarta estableció que esas modificaciones serían de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar, con la especialidad establecida en su apartado 5 sobre la aplicación del artículo 579.2.a) en los diez años siguientes a la aprobación del remate o a la adjudicación. En materia de oposición por cláusulas abusivas, estableció que en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el art. 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7ª del art. 557.1 y 4ª del art. 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Sin embargo, esta disposición transitoria no es de aplicación a este caso, en el que el trámite de audiencia de las partes por la posible abusividad de algunas de sus cláusulas se inició en noviembre de 2012 a consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 , que declaró que " *el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 " (§ 42), sin que las normas procesales internas puedan hacer " imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores " (§46) y que " los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma "*. La aplicación de esta doctrina implica que el control de oficio de las cláusulas abusivas debe realizarse en todo tipo de procedimientos y especialmente en aquellos en que no exista una fase declarativa o de contradicción sobre el contenido del contrato, como sucede en la ejecución de título no judicial, cuando se diponga suficientes elementos de hecho y de derecho.

Tras la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, la posibilidad procesal de examinar en la **ejecución, hipotecaria** o ordinaria, la nulidad de cláusulas contractuales abusivas, tiene una doble vía:

1.- Alegación de parte (artículos 557. 7 y 695 LEC)

2.- Apreciación de oficio (artículo 552.1 LEC) «cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 [títulos ejecutivos no judiciales] pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª», según el cual «cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas».

Antes de la reforma, esta posibilidad de control de oficio ya existía, y se fue consolidando en la medida de la vinculación del Juez nacional a dicho control, con las sentencias dictadas por el TJUE, en particular las de 18 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013 . El TJUE se basa con carácter general en las siguientes consideraciones:

1) 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.

2) El objetivo perseguido es por ello que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, lo que no podrá alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas.

3) Ello exige que el Juez nacional esté facultado para apreciar de oficio dicha cláusula, como medio idóneo para poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores, lo que se explica por el interés público de la materia y por tratarse de disposiciones imperativas que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, tratan 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.

4) El juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva, por lo que de hecho se reconoce la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. El juez nacional únicamente no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.

Todas las resoluciones dictadas para el ejercicio de ese control de oficio, que llega ahora a su fase final, han sido consentidas por las partes, por lo que, no resultando de aplicación la citada DT 4ª, en nada afecta a este procedimiento su contenido.



Por otro lado, no es el momento procesal ni el procedimiento oportuno, a la vista de las exigencias establecidas en el artículo 35 LOTC, para resolver sobre si procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 695.4, relativo al régimen de recursos contra el auto que resuelve la oposición a la **ejecución hipotecaria** basada en cláusulas abusivas. La cuestión de constitucionalidad sobre este precepto ya ha sido planteada ante el Tribunal Constitucional por el Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Avilés, pero, conforme a lo explicado en el fundamento jurídico cuarto, no es aplicable a este caso.

SÉPTIMO.- Normativa aplicable.

El préstamo o crédito hipotecario que contiene el pacto de fianza, dada su tipología, objeto (adquisición financiada de una vivienda) y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidores, que actúan como prestatarios o fiadores), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo, lo que determina la aplicación de la normativa especial de consumo, tanto la comunitaria como la estatal. En concreto, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, por la fecha del contrato, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los consumidores y usuarios. Cabe destacar los siguientes preceptos de esta Ley:

Artículo 1.

(...) 2. *A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*

3. *No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*

Artículo 10

1. *Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente (...) deberán cumplir los siguientes requisitos:*

a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

(...)

c) *Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

Artículo 10 bis

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y 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.

2. *Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. (...)*

La Disposición Adicional 1ª de la Ley contenía un catálogo no exhaustivo de cláusulas abusivas que, en lo que ahora interesa, tenía el siguiente contenido:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.



(...) 2ª) La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo (...).

3ª) La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4ª) La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

(...)

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

(...)

11ª) La privación o restricción el consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

(...)

III. Falta de reciprocidad.

(...)

17ª bis) Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

IV. Sobre garantías.

18ª) La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

(...)

OCTAVO.- Criterios jurisprudenciales para apreciar la abusividad de una cláusula.

La jurisprudencia comunitaria elaborada en la interpretación de la Directiva 93/13 ha ido perfilando los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la abusividad de una determinada cláusula, algunos de ellos generales, esto es, aplicables en principio respecto de cualquier cláusula, y otros específicos para cada una de las cláusulas más habituales en los contratos con consumidores, como la que fija el interés de demora o la del vencimiento anticipado. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11) es importante en cuanto recopila las indicaciones que expone sobre los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula.

Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurren en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido", mediante un "análisis comparativo" con el que podrá valorarse "si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente". (iv) Medios de los que dispone el consumidor "con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas". (v) Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar "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". (vi) Advierte de nuevo el TJUE que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.



NOVENO.- La abusividad alegada sobre la cláusula de garantía adicional

La posible abusividad de la cláusula que establece la garantía adicional de los fiadores debe ser analizada, por motivos obvios, en primer lugar, siguiendo el orden de los criterios generales enunciados más arriba. Ahora bien, el primer punto de partida debe aclarar el confuso planteamiento de la defensa de D. David, que parece considerar la abusividad del pacto en sí. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 4.2 de la Directiva establece que " *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible* ". La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el necesario respecto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), que debe conjugarse con la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos. Por ello, el control de abusividad sólo puede referirse a la extensión de la fianza (que es lo que realmente se alega como abusivo) y no al acto de afianzamiento en sí.

El segundo punto de partida debe ser, necesariamente, el carácter no negociado de las cláusulas que regulan las garantías adicionales a la puramente hipotecaria. Este carácter no negociado puede predicarse tanto de las cláusulas que permiten a la entidad bancaria hacerse pago, mediante compensación, de cualquier derecho de crédito, depósito o activo financiero de los prestatarios y de los fiadores (apartado tercero de la cláusula financiera sexta bis), con facultad, incluso de enajenar cualesquiera títulos, valores o efectos de su titularidad, como de cláusula de extensión de la fianza. En este sentido, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna, debe concluirse que nos hallamos antes cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad.

Hay un tercer pilar básico en el control de abusividad: la extensión de la fianza no está especialmente clara en el contrato. Esta idea se desarrollará más adelante. Baste ahora apuntar que en la cláusula de constitución de la hipoteca, se dice: *sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de los prestatarios y, en su caso, de los fiadores, en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo [los prestatarios] constituyen hipoteca...* Como la intervención de los fiadores en el otorgamiento de la misma escritura era un hecho evidente y conocido, la expresión "en su caso" parece remitir a un pacto específico de determinación de la extensión concreta de la fianza, como pacto limitador de la responsabilidad universal de los fiadores. De hecho, ya en el pacto de fianza, no se hace referencia alguna a la responsabilidad universal de los fiadores, sino únicamente a su carácter "solidario", a las renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división y a la responsabilidad de los fiadores *hasta la cantidad a la que se han obligado*, que no está determinada en la escritura.

Establecidos estos tres elementos esenciales que permiten y, al tiempo, delimitan el examen de abusividad, el resultado del análisis de los restantes requisitos se expone a continuación:

1.- La naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato

En este ámbito es preciso distinguir dos planos diferentes: de un lado, la obligación principal, que era el préstamo hipotecario, tenía por objeto la adquisición por los prestatarios de la que sería su vivienda habitual, carácter éste que resulta de las actuaciones practicadas en la **ejecución hipotecaria**. Y, de otro lado, en lo que se refiere a la obligación accesoria de fianza, los fiadores actuaron como tales a título gratuito y por razones ajenas a cualquier actividad empresarial o profesional, lo que centra el motivo de su intervención como garantes en motivos personales de amistad o de parentesco. El artículo 1823 CC establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso. Es un hecho obvio que cuando una persona actúa como fiadora de manera más o menos voluntaria (fianza convencional) a título gratuito de otra son esenciales los vínculos personales con el afianzado y que en el sentir colectivo se entienden este tipo de fianzas como favores personales que se prestan entre sí personas unidas por lazos de parentesco o amistad.

Es importante destacar que en este caso la fianza era gratuita, lo que supone que es un contrato que impone obligaciones a los fiadores sin ninguna contraprestación a cambio. El pacto de fianza se concierta entre los fiadores y el banco, que se ve beneficiado por el incremento de garantías que obtiene. En similar medida, se ven beneficiados los prestatarios, que acceden así a un crédito que no les sería concedido en otras circunstancias. Las entidades bancarias no conceden, por lo general, créditos hipotecarios por encima del valor de tasación del inmueble. En el año 2005 era muy habitual que todos los bancos concedieran crédito hasta el tope del valor de tasación, superando así la práctica bancaria de los años anteriores, en la que solía limitarse el crédito al 80% del valor de tasación. En este caso, como antes se indicó, el valor de tasación de la vivienda hipotecada era de 228.700.- euros y el crédito concedido de 231.215,70.- euros, esto es, del 101,1% del valor de tasación.



La diferencia entre una y otra magnitud es de **2.515,70.- euros**, que es el importe del préstamo no cubierto por la garantía hipotecaria.

Además del carácter gratuito que tiene la fianza, deben ponderarse los " *bienes y servicios*" que constituyen su objeto: por la forma en que fue redactada la cláusula de fianza, no estaba claro si quedaba afectado todo el patrimonio de los fiadores al cumplimiento de sus obligaciones, aunque a tal conclusión podría llegarse por aplicación del artículo 1.911 CC . El patrimonio de que disponen los fiadores aquí ejecutados se limita a la vivienda habitual en la que ambos residen y a la pensión de D^a Justa . En la averiguación patrimonial realizada constan además otros inmuebles catastrados a nombre de D^a Justa , pero sin apenas valor económico, salvo uno de ellos, que tiene una valoración de 9.540,04.- euros.

2.- *Circunstancias de la contratación*

a). El carácter no negociado de la cláusula de extensión de la fianza conlleva como efecto directo la conclusión de *que la intervención de fiadores en el contrato fue una exigencia de la entidad bancaria* para la concesión del préstamo y que esa exigencia estuvo relacionada con el dato objetivo y probado de que el importe del préstamo superaba en un 1,1% el valor de tasación de la vivienda hipotecada.

b). Como segunda circunstancia relevante, debe apuntarse también aquí que la gratuidad de la garantía prestada por los fiadores sólo se explica por vínculos personales o familiares con los acreditados, con lo que ello presupone de relación de confianza entre ellos. Es un hecho al que ya se ha hecho referencia, pero que en este apartado debe ser abordado desde otro punto de vista: los fiadores actúan movidos por una relación de confianza, pero con quien firman el contrato no es con las personas en las que depositan ese sentimiento de confianza, sino con una entidad bancaria que les presta dinero a éstas, lo que genera una importante *asimetría en las posiciones contractuales de partida* .

c). En tercer lugar, hay otra circunstancia relevante en la contratación: *no se aplicó en la escritura de préstamo hipotecario con la garantía adicional de la fianza ninguna medida específica de información o protección de quienes actuaban como fiadores* . Por la fecha del contrato resultaba de aplicación la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que estuvo en vigor hasta la vigente Orden EHA/2899/2011 de 28 octubre de 2011. La Orden de 1994, complementada con la de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, tenía una finalidad esencialmente tuitiva y aunque su ámbito natural estaba inicialmente limitado a los préstamos hipotecarios sobre viviendas concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 25 millones de pesetas, es evidente que la entidad bancaria y el Notario consideraron que era también aplicable a este concreto préstamo, habida cuenta de las menciones expresas que a ella se hacen en el texto de la escritura.

Pues bien, uno de los objetivos esenciales de la orden era facilitar a los consumidores " *la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario* ", pero este objetivo quedó limitado a los prestatarios, sin extenderse a los fiadores, pese a que concurrían en ellos circunstancias (consumidores personas físicas que actúan en un ámbito ajeno al profesional) que aconsejaban que, si se iban a obligar de forma solidaria, con todo su patrimonio y en la misma medida que los prestatarios principales, debían obtener al menos de la entidad bancaria y del Notario el mismo nivel de información y protección. Pero no fue así, de modo que, mientras el borrador de la escritura estuvo durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento a disposición de los prestatarios, para que pudieran examinarla, esta facultad no se hizo extensiva los fiadores.

Cabría pensar que eran los prestatarios quienes debían informar a los fiadores, pero no es exactamente sí, porque el contrato de fianza se concerta realmente entre los fiadores y la entidad bancaria, por lo que, si los fiadores son consumidores, la obligación de información derivada de las dos citadas Órdenes debe extenderse a ellos si el banco pretende que se obliguen en los mismos términos y en la misma medida que los prestatarios. Dice la SAP Álava, Sección 1^a, de 9 de diciembre de 2013 : *en el ámbito de la contratación o intervención bancaria, y, en general, con o de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente* . O, en palabras de la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012) : *en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa*. En el caso de quienes son fiadores-consumidores, esa denominada "fuente de injusticia contractual" puede tener efectos más graves si se tiene en cuenta esa asimetría inicial de las posiciones contractuales que se mencionaba en el párrafo anterior: el



fiador-consumidor actúa movido por una relación de confianza pero se obliga no con el depositario de esa confianza, sino con el banco que a éste le presta el dinero. Lo que significa que estaría en una posición incluso más vulnerable que la del prestatario si no se hiciera extensivo a él el régimen de protección general aplicable a todos los consumidores en sus relaciones con las entidades bancarias.

d). *La garantía esencial del préstamo era la propia vivienda hipotecada*, tasada, como ya se ha indicado, en un valor muy similar, aunque algo inferior, al del capital prestado. A la fecha del contrato resultaba de aplicación a la tasación el RD 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, luego derogado por el actual Reglamento del Mercado Hipotecario (RD 716/2009 de 24 abril de 2009). En la redacción vigente a la fecha de la escritura, esta norma establecía lo siguiente:

Artículo 26. Límites del préstamo

1.- *El préstamo garantizado no podrá exceder del 70 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, en las que podrá alcanzar el 80 por 100 de aquel valor*

2.- *Los préstamos hipotecarios que inicialmente excedan de estos porcentajes podrán servir de cobertura a la emisión de cédulas y bonos hipotecarios cuando, como consecuencia de la amortización experimentada por su principal o de la modificación del valor de los bienes en el mercado, previa la tasación correspondiente, su importe no supere dichos porcentajes en relación con el valor de tasación, inicial o revisado, del bien hipotecado.*

Artículo 28. Tasación previa

1. *Los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la Entidad financiera prestamista o de entidades especializadas en tasaciones, con arreglo a lo que se dispone en este Real Decreto.*

2. *La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración.*

Artículo 29. Ampliación de hipoteca

1. *Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza.*

El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podrá optar por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.

Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación el deudor no la realiza ni devuelve la parte de préstamo a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora.

Artículo 34. Objeto de la tasación

La tasación de los bienes que pueden constituirse en garantía hipotecaria de los préstamos que permiten la emisión de cédulas y bonos hipotecarios, de acuerdo con la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de forma que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado.

En general, se entiende que los préstamos hipotecarios están sujetos a esta normativa cuando la entidad financiera acude a la refinanciación en el mercado hipotecario secundario, con la emisión de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias; es un hecho notorio que la antigua Caja Madrid emitía y comercializaba cédulas hipotecarias. No obstante, incluso aunque no acudiera a dicho mercado, se aplica esta normativa cuando hay una voluntaria sujeción a la Ley del Mercado Hipotecario, sujeción que puede ser expresa o tácita, por ejemplo, cuando en la concesión de préstamos hipotecarios se aplican sus reglas de tasación o cuando se exige la contratación del seguro de daños previsto en el artículo de 30 del Reglamento de 1992 o en el artículo 10 del Reglamento vigente. En este caso, se entiende aplicable porque el informe de tasación hace referencia expresa a la Orden ECO/805/2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, dictada en desarrollo de la Ley y del Reglamento del Mercado Hipotecario (artículo 2).



La aplicación de estas normas es relevante para determinar los efectos derivados del valor de tasación. Como se desprende de estos preceptos, la tasación previa tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar los bienes hipotecados de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado. Esta afirmación implica que cuando el préstamo con garantía hipotecaria cuenta con una garantía personal o real adicional de un fiador, o bien se debe a que el importe del crédito es superior al valor de tasación (como sucede en este caso), en cuyo caso es lógico que la fianza adicional cubra la diferencia, o bien la entidad bancaria está reconociendo, aún de forma implícita, el incumplimiento de esta previsión, incumplimiento que, como ha señalado la doctrina puede deberse a la infracción de la diligencia exigible de un "ordenado comerciante" o a un supuesto de una sobregarantía sin causa, puesto que para las entidades financieras es preceptivo que el valor del inmueble hipotecado se constituya en garantía última.

La función que cumple la tasación del bien hipotecado es triple: (i) Sirve como garantía última para el cobro del préstamo hipotecario. (ii) Es una garantía de los ahorradores, porque las entidades emiten contra estas hipotecas títulos hipotecarios (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias). (iii) Es la garantía del tipo mínimo de subasta. Pero, como señala la Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 2013, también pretende evitar que el deudor sea despojado de su finca por un valor alejado del de mercado y sirve para apreciar la coherencia de la operación a través del ratio capital del préstamo/valor de tasación, que en las actuales normas sobre transparencia (Circular 5/2012, del Banco de España y otras anteriores) se denomina con el anglicismo LTV -Loan to Value-.

e). La tasación del inmueble como referencia inequívoca de la garantía principal del préstamo hipotecario obliga a traer a colación la doctrina de los *actos propios* que, como es sabido, tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que imponen un deber de coherencia y limitan la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables para otra persona. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla (SSTS 1 de julio y 28 de diciembre 2011 y 31 de enero 2012).

Es un acto propio la aceptación libre y voluntaria por parte de la entidad bancaria del valor de tasación como garantía última del préstamo concedido hasta ese límite, hasta el punto de que incumplió el artículo 26 del RD 685/1982 y concedió el préstamo por un valor algo superior al valor de tasación, sin limitarlo en modo alguno al 80% de ese valor. De haber cumplido ese precepto, el préstamo no podría superar los 182.960.- euros. Es importante destacar, en este punto, que no consta acreditado que Caja Madrid accediera a prestar un importe superior al 80% del valor de tasación por el hecho de contar con garantías adicionales. A la conclusión contraria se llega tras constatar que la responsabilidad hipotecaria se valoró en el importe del préstamo (231.215,70.- euros) y no se limitó al importe de la tasación, de donde resulta que la entidad bancaria esperaba que la garantía real inmobiliaria le asegurara el total del préstamo, no tanto por el valor de tasación, como por la evolución esperada de los precios de los pisos.

Ni siquiera consta que exigiera a los fiadores una declaración responsable de bienes o realizara algún otro trámite tendente a vincular la garantía de otros bienes concretos, mediante hipoteca o prenda, a la diferencia existente entre el valor de tasación y el crédito concedido. Es también un hecho indudable, aunque no integre la categoría del acto propio, que el banco no ha activado ningún mecanismo de revisión del valor de tasación ni ha reclamado de los prestatarios la ampliación del hipoteca, conforme al ya citado artículo 29 del RD 686/1982 .

Por otro lado, la cláusula de constitución de la hipoteca se encabezó con la frase siguiente: *sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de los prestatarios y, en su caso, de los fiadores...* Como la intervención de los fiadores en el otorgamiento de la misma escritura era un hecho evidente, la expresión "en su caso" parece remitir a un pacto específico de determinación de la extensión concreta de la fianza, como pacto limitador de la responsabilidad universal de los fiadores- que luego no llegó a clarificarse de forma explícita.

De todo ello se desprende que Caja Madrid aceptó la tasación de la vivienda como garantía última del préstamo y que, como antes se ha explicado, ello implica que la garantía personal adicional de los fiadores, si no se exigió (o al menos no consta en este procedimiento) ni siquiera una manifestación de cuál era su patrimonio, sólo debía ir destinada a cubrir la diferencia entre el valor de tasación y el valor del crédito. La otra alternativa pasaría por el reconocimiento del incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus deberes de diligencia conforme al patrón del "ordenado comerciante", en cuyo caso no podría extender a terceros los efectos de ese incumplimiento.

Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que el valor de tasación es utilizado por la entidad bancaria en cumplimiento de las normas del Banco de España sobre información financiera pública y reservada y



modelos de estados financieros (Circular 4/2004) y determinación y control de recursos propios (Circular 3/2008), que exigen la valoración de los inmuebles realizada por una entidad de tasación homologada, y de acuerdo con los requisitos establecidos en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo y la revisión del valor de los bienes hipotecados, que puede hacerse por criterios estadísticos, con una frecuencia mínima de un tres años, en el caso de inmuebles residenciales. Quiere decirse con ello que las entidades bancarias se acogen a las ventajas que supone una tasación próxima al importe de lo prestado y que esta asunción de las ventajas tiene su relevancia en la catalogación de lo que se ha considerado como "acto propio", del mismo modo que obliga, correlativamente, a soportar los inconvenientes.

3.- Los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Ya se ha indicado que, al tratarse un contrato gratuito, los fiadores no perciben ninguna contraprestación a cambio de la garantía que prestan. Esta situación debe analizarse desde diferentes puntos de vista, que coinciden en poner de relieve el desequilibrio importante que se genera a favor del banco y en contra del fiador:

a). En el plano que relaciona a los fiadores con el banco, el contrato de fianza no supone para los fiadores ningún derecho; sólo tienen obligaciones, sin perjuicio de que si responden por los prestatarios, luego pueden dirigirse contra ellos (artículo 1838 del CC).

b). El banco obtiene a cambio de la fianza una situación de sobregarantía, ya que concede un préstamo hipotecario por importe de 231.215,70.- euros, con una garantía real de un inmueble, que aunque valorado en 228.700.- euros, recibe una asignación de responsabilidad hipotecaria equivalente al total del préstamo y, para garantizar la diferencia no cubierta por el valor de tasación (2.515,70.- euros), que sí por la responsabilidad hipotecaria, exige:

La garantía patrimonial universal de cinco personas, los dos prestatarios y los tres fiadores, por más que la limitación de esta responsabilidad universal de los fiadores, al definir la constitución de la hipoteca, quedara en términos tan confusos como los referidos anteriormente.

La facultad omnímoda de hacerse pago con cualquiera saldos, depósitos, valores o cualquier otro activo que esas cinco personas tuvieran en la entidad bancaria, que podría incluso vender en su nombre o anticipar su vencimiento.

La extensión de la fianza en términos más amplios que la propia hipoteca que, como en todo préstamo hipotecario, debe entenderse que es la garantía principal. De hecho, en la escritura de préstamo la fianza se presta en un apartado rotulado como "garantía adicional". Pues bien:

La hipoteca respondería de 231.215,70.- euros, de principal, de 18 meses de intereses remuneratorios al 3% y de 24 meses de intereses de demora, más 34.682,35.- euros para gastos y costas.

En cambio, respecto de la fianza: (i) no se estableció ninguna cantidad máxima; (ii) sí se hizo constar su carácter solidario y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división; (iii) la cantidad por la que se prestaba la fianza era realmente indeterminada, porque su tenor literal decía " en ningún caso el afianzamiento prestado se extinguirá si el préstamo entra en situación de morosidad, continuando los fiadores respondiendo de forma solidaria hasta la cantidad a la que se han obligado [cantidad que no está fijada en la escritura pública ni en ningún otro lugar] aún cuando se amortice el préstamo de forma no voluntaria ; y añadía: *por tanto, la Caja podrá reclamar a los fiadores solidarios hasta la cantidad a la que se han comprometido [de nuevo, sin referencia alguna a algún límite aplicable], incluso una vez ejecutada y rematada la garantía hipotecaria, en tanto no se cubra la totalidad de la deuda, subsistiendo con plenos efectos su obligación de fianza hasta la cancelación total de la deuda "*. La "deuda" se entiende referida a todos los conceptos debidos, sin la limitación de las 18 mensualidades de intereses remuneratorios ni de los 24 meses de intereses de mora. Se trata, pues, de una deuda futura, indeterminada y no sometida a ningún límite cuantitativo, pese a las reiteradas llamadas de la escritura a ese límite máximo, pero sin referencia alguna a una responsabilidad universal que, en la interpretación conjunta con la cláusula de constitución de la hipoteca, parece darse por descartada.

c). El banco se reservó la facultad de modificar por sí mismo, sin consentimiento del fiador, el régimen y la extensión de la garantía, por dos vías diferentes:

Introdujo como cláusula no negociada individualmente el supuesto consentimiento de los fiadores " a todos los efectos " para introducir cualesquiera " modificaciones de las condiciones del préstamo (...) que puedan convenir en el futuro al acreedor y al deudor principales, siempre y cuando no supongan variación del importe del préstamo y del tipo de interés" . Estas únicas limitaciones, importe y tipo de interés, no afectan a otras cuestiones igualmente esenciales en la perspectiva del fiador, como es el plazo de vencimiento, las cláusulas de vencimiento anticipado, el interés de demora, etc.



Otra cláusula que se entiende no negociada individualmente fue la que relevaba al acreedor de toda obligación de notificarle la falta de pago del deudor. Esta cláusula, unida a la interpretación jurisprudencial a la que más adelante se hará referencia sobre el artículo 579 de la LEC, facilita que ante el incumplimiento de las obligaciones del prestatario el banco puede instar la **ejecución hipotecaria** sin informar al fiador que, por un lado, no puede tener ninguna intervención en ese procedimiento y, por otro, se ve tremendamente afectado por lo que sucede en esa ejecución, en la que podían darse las siguientes posibilidades, según la redacción vigente de los artículos 670 y 671 LEC en junio de 2008, fecha de celebración de la subasta: 1.- Podía participar en la subasta y adjudicarse el inmueble en las condiciones del artículo 670. 2.- Para el caso de que no pujara ni acudiera nadie a la subasta: (i) el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación (ii) podía también pedir la cantidad que se considerara debida por todos los conceptos. Así pues, la vigencia y extensión de la fianza queda, de nuevo, al arbitrio del banco, que elige si participar o no en la subasta y, en este segundo caso, si opta por la segunda posibilidad, extingue la garantía y si elige la primera, la mantiene vigente y sólo reducida en el valor de adjudicación. En este caso, el banco optó por la primera posibilidad.

d) Entremos a continuación en el análisis comparativo exigido por el TJUE para valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato de fianza deja a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. La diferencia es sustancial: mientras la cláusula que se analiza obliga a los fiadores, pese a su carácter "adicional" a más que la garantía principal hipotecaria y en el mismo plano de la responsabilidad de los prestatarios, el derecho nacional aplicable, según el artículo 1830 del CC ofrece una solución muy distinta: el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.

4.- Medios de los que dispone el consumidor con arreglo a la normativa nacional para el cese de la cláusula que considera abusiva

En este apartado, el tribunal considera que los medios de que dispone el consumidor-fiador en casos como el que nos ocupa no son, como exige el TJUE, eficaces y adecuados. Las conclusiones sobre esta cuestión son obvias:

a). La situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que por mor de la fianza puedan ver embargada su vivienda habitual, como es el caso.

b). El fiador no puede intervenir en el proceso de **ejecución hipotecaria**. La jurisprudencia dictada en aplicación del antiguo artículo 579 había reiterado que no era posible *ejercitar una acción personal por el específico procedimiento de la ejecución hipotecaria contra fiadores ni de manera principal ni de manera cautelar ante una potencial conversión del procedimiento en una ejecución ordinaria prevenida en el art. 579 LEC, so pena de entremezclar caóticamente dos procesos de ejecución sometidos a reglas diferentes, con ámbitos subjetivos y, sobre todo, objetivos, radicalmente distintos* (por todos, vid, auto Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 4ª, A 16-12-2010, nº 565/2010, rec. 477/2010), de modo que si el banco ejecutante luego quería dirigirse contra los deudores, *ello implicaría necesariamente una nueva demanda en la que se ejerciten acciones personales hasta ahora no ejercitadas, lo que generará el derecho de los fiadores a oponerse conforme a las reglas generales de oposición en el procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales y con sus propias garantías procesales*. Ello implica dos consecuencias:

b.1). No pueden ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios, por la elemental razón de que no son parte en el procedimiento de **ejecución hipotecaria**.

b.2.). Tampoco pueden ejercer ningún control sobre el valor por el que se adjudica la vivienda: no se les notifica la subasta y, si no hay postores, la forma y valor de adjudicación del inmueble hipotecado no se ajusta a su valor de tasación, sino que queda en manos de la decisión unilateral del banco que, en este caso, eligió la opción más desfavorable para los prestatarios y para los propios fiadores, ya que la deuda reclamada se redujo en el menor de los porcentajes posibles: el 50% del valor de tasación.

En muchas de las resoluciones que se han dictado sobre el valor de adjudicación de las viviendas hipotecadas y sus efectos sobre el artículo 579, como las citadas por la defensa de D. David, se alude al abuso del derecho y al enriquecimiento injusto, que en este caso no se considera que concurren, porque en definitiva la entidad bancaria se limitó a solicitar la aplicación del artículo 671 y unos meses más tarde vendió la vivienda por un precio algo inferior al del valor de adjudicación, aunque no se ha acreditado que ese precio fuera equivalente al valor real de mercado, porque no se ha aportado ninguna tasación realizada a esa fecha. Pero si se entiende que vulnera la doctrina de los propios actos cuando acepta a todos los efectos un valor de tasación, lo mantiene sin modificación alguna durante tres años, sin realizar ninguna de las actuaciones a que le autorizaba el Reglamento del Mercado Hipotecario y/o le obligaban las Circulares del Banco de España y en 2008 otorga a



ese mismo inmueble un valor inferior al valor de tasación en un 50% (si se atiende al valor de adjudicación) o en un 58% (si se atiende al valor en venta). Los precios de la vivienda han caído, y eso es un hecho notorio, pero no es razonable creer que entre 2005 y 2008, cuando aún no se había iniciado la curva de descenso de los precios, una vivienda perdiera el 50% o del 58% de su valor, lo que lleva a pensar más bien que el banco aceptó una tasación sobredimensionada o que la venta posterior se ha hecho por precio inferior al de su valor real. No se dispone de ningún dato sobre el precio de la compraventa otorgada en la misma fecha que la de la hipoteca, pero en el periodo 2005- 2008 los precios de la vivienda no disminuyeron en términos generales. Al contrario, la cuantía del precio básico de los pisos del Plan Vivienda 2005-2008 subió un 4,7%, hasta 728 euros por metro cuadrado de superficie útil frente a los 695,19 euros vigentes la actualización publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de enero de 2007.

c). Una vez finalizado el procedimiento de **ejecución hipotecaria**, la demanda de ejecución contra los fiadores por la suma restante "arrastra" los efectos del previo proceso hipotecario. En este caso, en el proceso hipotecario se reclamaba una deuda de 232.195,89.- euros, que se dio por buena ante la falta de oposición de los prestatarios. De la documentación aportada con la demanda sólo se puede extraer resultaba que del capital prestado se habían amortizado 3.346,92.- euros y que quedaban pendientes 227.686,78.- euros de capital. Se aplicaron además 4.266,24.- euros de intereses remuneratorios y 60,87.- euros de intereses de demora, pero se desconocen los detalles de esas dos liquidaciones de intereses. Adjudicado el inmueble por la suma ya indicada de 114.350.- euros, con esta demanda ejecutiva se aportó el acta notarial de fijación del saldo, al amparo del artículo 573.1.2º LEC , , en la que se determina un saldo deudor de 168.003,68.- euros, cantidad que resulta de (i) Restar del saldo fijado para la **ejecución hipotecaria** la cantidad por la que se adjudicó la vivienda a Caja Madrid (114.350.- euros); (ii) Adicionar una primera partida de intereses al 9,750% (16.870.- euros), que se suman al principal y se capitalizan, al menos en apariencia; (iii) Sumar una segunda partida de intereses, también al 9,750%, aunque ya no capitalizados, de 33.287,01.- euros. No se ofrecen tampoco datos suficientes para comprobar la corrección de estas liquidaciones de intereses, si bien la primera partida está calculada hasta el 16 de julio de 2008 y la segunda se entiende que abarca desde el 17 de julio de 2008 hasta el 27 de enero de 2011, fecha en que se extiende la certificación del saldo deudor.

d). Las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas, porque se limitaban a las establecidas en los artículos 557 (motivos de fondo, de los que en el mejor de los casos podrían plantear pluspetición, con el régimen específico del artículo 558, esto es, sin suspensión de la ejecución salvo consignación de la suma que se considere debida) y 559 (motivos procesales, sin especial encaje en este supuesto). De hecho, ha sido única y exclusivamente la evolución de la jurisprudencia del TJUE, en particular las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013 , la que ha permitido la relativa oposición de la parte ejecutada, por los efectos del necesario control de oficio de la posible abusividad de determinadas cláusulas. La posición inicial de los fiadores se resumía, por tanto, en que no podían discutir lo ya liquidado en el previo proceso de **ejecución hipotecaria** ni tampoco podían alegar la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario y constitución de la fianza. Es decir, no disponían, con arreglo a la normativa nacional, de ningún medio adecuado y eficaz para el cese en la utilización de cláusulas abusivas que les pudieran afectar.

5.- *Comprobación de "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 "*

En este juicio de comparación, la respuesta debe ser negativa. Es razonable concluir que los fiadores no hubieran aceptado firmar como garantes si antes de firmar la escritura el banco hubiera explicado claramente (i) que responderían de la deuda ajena con el total de sus bienes, incluida su propia vivienda (ii) que responderían del total del préstamo, más sus intereses y comisiones, por una cantidad incluso superior a la garantizada con la hipoteca (iii) que responderían aunque la casa hipotecada fuera adjudicada al banco, (iv) que sólo operaría un descuento del 50% del valor y (v) que aunque la ley permitía al banco quedarse con la vivienda en pago de la deuda, realmente nunca aceptaría esa posibilidad precisamente por el pacto adicional de fianza.

6.- *Incidencia de la cláusula de extensión de la fianza en lista indicativa de cláusulas abusivas .*

Además de lo ya expuesto, la cláusula que determina la extensión de la fianza tiene encaje, total o parcial, en las siguientes cláusulas abusivas de las contempladas en el artículo 10 bis antes citado:

- a). La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo.
- b). La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones.



- c). La privación o restricción del consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.
- d). La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido en la fecha de firma del contrato.

DÉCIMO.- Los efectos de la declaración de abusividad de la extensión de la fianza

La cláusula que determina la extensión de la fianza se considera abusiva, por todos los argumentos expuestos, que se resumen, ya en términos recopilatorios, en los siguientes:

- 1.- Se trata de una cláusula no negociada individualmente.
- 2.- La extensión de la fianza no está especialmente clara en el contrato y esa oscuridad no puede perjudicar a los fiadores.
- 3.- Por la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, los fiadores intervienen a título gratuito por lazos de parentesco o amistad con los prestatarios y, a consecuencia de esta ejecución, están en riesgo la vivienda habitual en la que ambos residen y la pensión que percibe D^a Justa, junto con el resto de los bienes que en el presente o en el futuro pudieran integrar su patrimonio.
- 4.- La intervención de fiadores en el contrato fue una exigencia de la entidad bancaria.
- 5.- Existe una importante asimetría en las posiciones contractuales de partida.
- 6.- No se aplicó en la escritura de préstamo hipotecario con la garantía adicional de la fianza ninguna medida específica de información o protección de quienes actuaban como fiadores.
- 7.- La garantía esencial y última del préstamo era la propia vivienda hipotecada, cuya tasación fue aceptada por el banco en un acto propio que le vincula, en el sentido explicado en esta resolución.
- 8.- La garantía personal adicional de los fiadores, con arreglo a las pautas de la buena fe y por las razones explicadas, sólo puede ir destinada a cubrir la diferencia entre el valor de tasación y el valor del crédito.
- 9.- Se ha apreciado una situación de importante desequilibrio a favor del banco y en contra de los fiadores, porque se genera una situación de sobregarantía, porque se intentó dar a la extensión de la fianza un contenido más amplio que el de la propia hipoteca y porque el banco se reservó la facultad de modificar por sí mismo, sin consentimiento del fiador, el régimen y la extensión de la garantía.
- 10.- El contrato de fianza deja a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.
- 11.- Los medios de los que disponen los fiadores-consumidores para el cese de la cláusula abusiva son muy precarios: su situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que está embargada su vivienda habitual; no pueden intervenir en el proceso de **ejecución hipotecaria** ni, en consecuencia, ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios ni sobre el valor por el que se adjudica la vivienda; las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas; y, por último, no tienen ningún medio específico para hacer valer la aplicación del artículo 579.2.a), en su redacción actual, en la posibilidad que contiene de saldar la deuda de los prestatarios si abonan el 85% de lo debido antes del 16 de julio de 2018.
- 12.- La entidad bancaria podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los fiadores, éstos no aceptarían una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Sobre los efectos de la abusividad que se aprecia, debe matizarse que la esa declaración sólo puede predicarse, por las razones expuestas, de la extensión de la fianza, y no lógicamente de la fianza en sí. Por ello, los efectos de esta declaración se acotarán teniendo en cuenta, de un lado, el artículo 10 bis de la LCDU y, de otro, las STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) y de 30 de mayo de 2013 (C 488/11).

El apartado 2 del artículo 10.bis establecía que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva". Sin embargo, según la STJUE de 14 de junio de 2012, la Directiva "se opone al artículo 83 [similar al antiguo artículo 10 bis] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el

juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

Por aplicación de la doctrina expuesta, el efecto de la abusividad apreciada se traduce en la nulidad de la extensión de la fianza en cuanto excede de la diferencia entre el valor de tasación del inmueble hipotecado, que constituía la garantía última del préstamo hipotecario, y el importe de dicho préstamo, de modo que, sin que ello implique en modo alguno integrar el contrato, debe limitarse la extensión de la fianza y, por tanto, el importe por el que podría despacharse ejecución en este procedimiento, a la suma de **2.515,70.- euros**, en concepto de principal, más el tipo de demora aplicable que, como ahora se razonará, no se considera abusivo y que sólo podrá aplicarse desde la fecha de la demanda ejecutiva.

UNDÉCIMO.- Cláusulas que no se consideran abusivas

No concurren los requisitos expuestos para apreciar la abusividad en la determinación del interés de demora, referenciado a la fecha en que el préstamo entró en esa situación de mora (9,75%), porque el tipo aplicado se encuentra de los límites fijados actualmente en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es, del 12% resultante de multiplicar por tres el interés legal. De otro lado, la parte ejecutante está de acuerdo en no aplicar la posibilidad de capitalización de los intereses, que de ser pretendida, sí tendría carácter abusivo, por implicar una indemnización excesivamente gravosa para el incumplimiento de las obligaciones.

De otro lado, la declaración de abusividad de la extensión de la fianza exime de entrar a valorar la abusividad de las cláusulas de responsabilidad universal, cesión de derechos, pacto de liquidez, vencimiento anticipado y comisiones por impago, porque las alegaciones que las sostienen o bien carecen de base real (porque no son cláusulas que hayan sido aplicadas, como la cesión de derechos o las comisiones por impago) o bien quedan vacías de contenido por carecer de eficacia alguna sobre la situación de los fiadores.

DUODÉCIMO.- Efectos de esta resolución sobre la continuación de la ejecución

La apreciación de abusividad sobre la extensión de la fianza supone los siguientes efectos para el presente proceso de ejecución. (i) La cantidad objeto del procedimiento debe quedar limitada a **2.515,70.- euros**, más el interés del 9,75% desde la fecha de la demanda hasta las fechas en las que se han producido los pagos parciales. (ii) La parte demandante ha recibido ya la suma de **2.487,52.- euros** (s.e.u.o.), por lo que sólo quedan por abonar, en concepto de principal, **28,18.- euros**. (iii) Quedan en la cuenta de consignaciones **2.938,15.- euros**, que deberán ser destinados al pago de los intereses, una vez sean liquidados o devueltos a D^a Justa, si existiera exceso. (iii) Deberán liquidarse los intereses devengados y considerando que la suma consignada es suficiente para responder de esta partida, deberán levantarse los embargos acordados. (iv) Por aplicación analógica de lo establecido en los artículos 394 y 561 de la LEC, cada parte abonará las costas causadas a su instancia, habida cuenta de las dudas de hecho y de derecho que planteaba la complejidad de las cuestiones resueltas, las modificaciones legales y jurisprudenciales que se han sucedido durante la ejecución y la determinación de la suma a la que se reduce la ejecución despachada en su momento. (v) En materia de recursos, deberá aplicarse analógicamente el artículo 561 y entender que cabe recurso de apelación y que, de conformidad con dicho artículo, la entidad ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan de conformidad con lo dispuesto en el art. 697 de esta Ley, si presta caución suficiente para asegurar la indemnización que pueda corresponder a los ejecutados en caso de que esta resolución sea confirmada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo:

- 1.- Declaro nula, por abusiva, la cláusula de extensión de la fianza** constituida en la escritura de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Madrid D. Luciano Marín Carrera el 16 de diciembre de 2005, con número de protocolo tres mil quinientos cuarenta y siete, en los términos explicados en esta resolución.
- 2.- Como consecuencia de tal declaración, la cantidad objeto de la presente ejecución queda limitada a 2.515,70.- euros, más el interés del 9,75%** desde la fecha de la demanda hasta las fechas en las que se han producido los pagos parciales del principal.
- 3.- Se hace constar que la parte demandante ha recibido ya la suma de 2.487,52.- euros** (s.e.u.o.), por lo que sólo quedarían por abonar, en concepto de principal, **28,18.- euros**, que se abonarán con cargo al saldo existente en la cuenta de consignaciones. No obstante, estas cantidades podrán ajustarse, sin necesidad de aclaración de esta resolución, con los movimientos reales de la cuenta de consignaciones en el momento en que deba darse cumplimiento a lo acordado en este auto.



4.- Procédase a la **liquidación de los intereses** devengados.

5.- Procédase al **levantamiento de los embargos acordados**, que se mantendrán únicamente durante el plazo de **veinte días** concedido para presentar el recurso de apelación, a los efectos previstos en el artículo 561.3 LEC .

6.- Cada parte abonará las **costas** causadas a su instancia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Recurso de apelación en el plazo de veinte días, previa constitución del depósito legalmente previsto.

Así lo acuerda y firma SS^a. Doy fe.

LA MAGISTRADA LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ