

**INFORME DE LA COMISIÓN JURIDICA 15-M
BARCELONA RESPECTO A LAS TASAS JUDICIALES
APROBADAS POR LEY 10/2012 DE 20 DE
NOVIEMBRE EN EL ESTADO ESPAÑOL.
VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA.**

“...la coca-cola siempre es igual, pero yo no, yo puedo cambiar...”
Kiko Veneno y Albert Plà (Cantautores y “perroflautas”)

INDICE

- 1) Introducción. Explicación del motivo del informe
- 2) Inconstitucionalidad de la norma.
- 3) Resolución del Magistrado Juez del Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm en relación con la entrada en vigor el 22/11/2012 de la ley 10/2012, de 20 de noviembre y su inaplicación por exigencias del derecho comunitario
- 4) Planteamiento de una cuestión prejudicial. Caso concreto.
- 5) Viabilidad de la acción. Consulta previa.

1) INTRODUCCIÓN.

Este informe pretende ser, por una parte una denuncia de esta normativa y por otra una consulta o reflexión que se desea hacer por parte de este grupo respecto a la inadecuación de la Ley de Tasas 10/2012 a la normativa comunitaria, por vulnerar el acceso a la tutela judicial efectiva en un caso concreto, y cómo deberíamos plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para obtener este fallo.

El informe se estructura partiendo del análisis de la inconstitucionalidad de la norma, que ya viene siendo planteada por diversos operadores jurídicos, para pasar a recoger la reciente resolución del Magistrado Juez del Juzgado de lo Social 1 de Benidorm que entiende que no debe aplicar la norma por vulneración del ordenamiento jurídico comunitario, y por vulnerar el acceso a la tutela judicial efectiva., para finalmente exponer la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial para un caso concreto, la posible suspensión de la Ley de tasas en todo el ámbito nacional español, y su posible resolución declarándola contraria al derecho comunitario.

En este sentido, la intención es exponer el asunto y recabar información para que la cuestión prejudicial que se expone tenga la viabilidad deseada.

2) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Antes de entrar en el análisis concreto y en la relevancia constitucional de los mandatos normativos de la Ley 10/2012, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en su Sentencia 20/2012, de 16 de febrero de 2012 (seguida después por la Sentencia 79/2012, de 17 abril y otras), sobre la constitucionalidad del art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, precedente de la Ley actual, mucha más limitado y que es ahora derogado por la Ley 12/2010.

La doctrina sentada entonces por el Tribunal Constitucional resulta esencial para aproximarse desde una perspectiva constitucional a la nueva Ley de tasas, aun cuando dicha sentencia sólo se refiere –por tratarse también de una cuestión de inconstitucionalidad- a las tasas del orden jurisdiccional civil entonces vigentes.

Las claves de su razonamiento al exponer los límites que se imponen al Legislador en este ámbito resultan sin embargo susceptibles de abstracción y aplicación general y son las siguientes (el subrayado y negrita es nuestro en todos los casos):

a).- Fundamento jurídico 4:

“(…) sólo son gravados por la tasa dos de los cinco órdenes jurisdiccionales en que se articula hoy el poder judicial en España: el civil y el contencioso-administrativo. Los órdenes penal, social y militar siguen ejerciendo la potestad jurisdiccional gratuitamente, sin que el precepto legal cuestionado guarde ninguna relación con ellos.

Este dato es relevante, teniendo en cuenta las especiales características que protegen el acceso a la justicia en materia penal (SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 3), militar (STC 115/2001, de 10 de 2 mayo, FJ 5) y sociasocial (SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3; 118/1987, de 8 de julio, FJ 3; y 48/1995, de 14 de febrero, FJ 3)”.

b).- Fundamento jurídico 4:

“En este proceso constitucional tampoco procede analizar las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo acceso también ofrece peculiaridades desde el punto de vista constitucional, consecuencia del mandato contenido en el art. 106.1 CE que ordena y garantiza el control jurisdiccional de la Administración por parte de los Tribunales (SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 3, y 177/2011, de 8 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido, STEDH Gran Sala Perdigão c. Portugal, de 16 de noviembre de 2010, as. 24768/06, § 72)”.

c).- Fundamento jurídico 5:

“(…) diferente relieve constitucional que posee el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el art. 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 33/1989, de 13 de febrero; y 48/2008, de 11 de marzo); el derecho al recurso legal no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales que los crean, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

(…) el principio hermenéutico pro actione protege el derecho de acceso a la justicia, dada la diferente trascendencia que cabe otorgar —desde la perspectiva constitucional— a los requisitos legales de acceso al proceso, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de

los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión. Por el contrario, el control constitucional de los requisitos de admisión de los recursos legalmente establecidos es más laxo, puesto que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales, y el acceso al recurso debe ser contrapesado con el derecho de las otras partes a un proceso sin dilaciones indebidas y a la ejecución de lo resuelto (SSTC 55/1995, de 6 de marzo, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; y 27/2009, de 26 de enero, FJ 3)”.

d).- Fundamento jurídico 7:

“(…) En principio, pues, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 4; 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5)”.

e).- Fundamento jurídico 9:

“En todo caso, desde nuestra perspectiva, debemos poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos”.

f).- Fundamento jurídico 10.

“Esta conclusión general sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuestos en el fundamento jurídico 7. En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a partir de la **Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001** (asunto núm. **28249/95**), mantiene que el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma. Sin embargo, la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§ 60 y 66; en el mismo sentido, SSTEDH de 26 de julio de 2005, Kniat c. Polonia, as. 71731/01; 28 de noviembre de 2006, Apostol c. Georgia, as. 40765/02; y 9 de diciembre de 2010, Urbanek c. Austria, as. 35123/05).

Estos criterios son compartidos por la Unión Europea, en virtud del derecho a una tutela judicial efectiva que ha consagrado el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales, tal y como ha expuesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010 en el asunto DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH (núm. C-279/09). (…)” g) Fundamento jurídico 12, punto clave de la ratio decidendi de la sentencia:

“Por consiguiente, la doctrina de la Sentencia 141/1988 nos lleva a concluir que es constitucionalmente válida la limitación impuesta por la norma legal enjuiciada, que consiste en condicionar la sustanciación del proceso instado en la demanda civil que presentan las personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada, a que acrediten que han satisfecho el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público que conlleva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que les beneficia de modo particular en la medida en que juzga las pretensiones deducidas en defensa de sus derechos e interés legítimos en el orden civil”.

Las menciones transcritas hasta ahora facilitan en gran medida la exposición de las razones en que basamos la inconstitucionalidad de determinadas previsiones legales. Así pues, con base en lo expuesto, procede realizar las siguientes valoraciones sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 10/2012:

1º.- Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

El legislador ha optado por determinar el sujeto pasivo con gran amplitud utilizando en su art. 3.1 términos genéricos, al igual que en la norma precedente que ahora se deroga, para después delimitar la aplicación real de la tasa por la vía de enumerar una serie de exenciones en su art. 4.2. El cambio más sustancial de la nueva Ley con respecto a sus precedentes, que viene a suponer una verdadera ruptura del régimen jurídico de estas tasas, radica en la incorporación al ámbito subjetivo de la tasa de las personas físicas, hasta ahora exentas. De ahí que este punto devenga esencial.

Las personas físicas deberían haber continuado exentas del pago de la tasa. Resulta absolutamente insuficiente la exención prevista en el art. 4.2.a) para “las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora”. El criterio de capacidad económica no se encuentra suficientemente garantizado con la simple remisión a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Bien es verdad que en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley se afirma sin empacho que “la determinación de la carga tributaria no se hace a partir de la capacidad económica del contribuyente, sino del coste del servicio”. Sin embargo, estamos ante una mera manifestación sin carácter normativo, que contraría las previsiones del art. 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, cuando prevé que “en la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas”. El hecho de que en la tasa está muy presente el principio de beneficio o equivalencia, no significa que no se tenga en cuenta el principio de capacidad económica, sobre todo porque la tasa es un tributo y este principio se predica de todos los tipos de tributos. No se trata ésta probablemente de una cuestión determinante, pero ayuda a entender el problema, principalmente porque la exención subjetiva para los beneficiarios de la justicia gratuita determina que, en la práctica, sí se haya valorado el principio de capacidad económica, pero de una forma claramente insuficiente.

Debe tenerse en cuenta además muy especialmente que la STC 20/2012, en su Fundamento Jurídico 9º, parcialmente transcrito con anterioridad, afirma lo siguiente:

“(…) Resulta, por tanto, indudable que el régimen vigente de las tasas judiciales que gravan la presentación de demandas civiles, a cuya eficacia sirve el mecanismo previsto en el precepto sometido a control en este proceso, es plenamente respetuoso con las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la justicia. Como dijimos en la Sentencia 117/1998, de 2 de junio, el contenido indisponible del derecho a la justicia gratuita sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse el «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» al que se refiere el art. 119 CE, y que no es una creación del legislador, a diferencia de las personas jurídicas (FF. 4 y 5).

De ahí que concluyésemos entonces que era constitucional que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, excluyera de sus beneficios a las sociedades mercantiles. Y aunque el derecho a la tutela judicial efectiva protege tanto a las personas físicas como a las jurídicas (SSTC 53/1985, de 20 de junio, F. 1, y 137/1985, de 17 de octubre, F. 3), no debe ser olvidado que la situación de unas y otras es distinta respecto a la gratuidad de la justicia. La Sentencia 117/1998 afirmó que esa diferencia es especialmente predicable de las sociedades mercantiles de capital, que son un tipo de entidades en que el substratum que justifica su personificación jurídica se halla en la existencia de un pacto asociativo dirigido a racionalizar los riesgos de la actividad empresarial, limitando al valor de la aportación social la responsabilidad patrimonial de sus socios, y que deben ser ellos quienes sopesen si les interesa aportar fondos a la sociedad para alcanzar el acceso a la justicia a través de la persona jurídica (STC 117/1998, de 2 de junio).

Estos criterios han sido confirmados plenamente por el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su Auto O'Limo contra España, de 24 de noviembre de 2009** (asunto núm. 33732/05) concluyó que el sistema establecido por el legislador español para facilitar asistencia jurídica gratuita ofrece «unas garantías sustanciales» para el derecho de acceso a los Tribunales, aunque queden excluidos de él las sociedades mercantiles o las asociaciones que, como la recurrente en aquel caso, no son de utilidad pública (§ 25). Para apreciar que excluir a las personas jurídicas de la gratuidad de la justicia no contradice, por sí mismo, el derecho de acceso a la tutela judicial que protege el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo subrayó que los fondos de los que disponen las asociaciones y las sociedades privadas para la defensa jurídica de sus derechos proceden de los recursos que sus miembros o socios acuerdan y aportan libremente, en función de sus intereses: no debe exigirse al Estado que gaste recursos económicos públicos en beneficio de entidades cuyos socios han decidido libremente no aportar los recursos económicos precisos para desarrollar sus actividades normales, especialmente cuando se trata de actividades procesales en relación con litigios sobre derechos de propiedad que no afectan más que a los particulares interesados en los hechos (§ 26).

En todo caso, desde nuestra perspectiva, debemos poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos”.

La sentencia muestra un criterio claro sobre lo que es constitucional. Cuando razona utiliza como criterio justificador de la constitucionalidad de la Ley precedente precisamente el de su

aplicación tan sólo a “entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación”, destacando así que no se aplicaba a las personas físicas. Exactamente realiza las mismas manifestaciones en el Fundamento Jurídico 12º, que también fue transcrito anteriormente.

Más aun, en nuestro sistema tributario, los gastos jurídicos de las personas jurídicas sometidas al Impuesto de sociedades constituyen un gasto que tiene repercusiones fiscales directas, al detrarse de los ingresos para determinar la base imponible. Sin embargo, en el caso de las personas físicas es un gasto que no resulta posible detrarse de los ingresos para determinar la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, con lo que tiene un impacto neto en la economía familiar, con la consiguiente desincentivación.

No parece que una previsión como la ahora analizada resista fácilmente ese examen de constitucionalidad. Más aun si atendemos a la cuantía de la tasa, tal y como se determina en el art. 7 de la Ley 10/2012, sobre lo que luego volveremos. Basta ahora con constatar que la aplicación indiscriminada a las personas físicas hará que muchas de ellas en numerosos supuestos no puedan acceder a la tutela judicial. Quienes obtengan por unidad familiar unos ingresos por todos los conceptos que sean superiores a 1.242,52 euros al mes (doble de la cuantía del IPREM para 2012 fijado en el Real Decreto 20/2011, de 30 de diciembre) no tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, salvo ciertos supuestos excepcionales y de concesión potestativa por las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, en los que se eleva a 2.485,04 euros al mes.

Basta comprobar la cuantía fijada para estas tasas para darse cuenta de que el acceso a la Jurisdicción es ya una quimera para un muy significativo número de españoles y extranjeros en nuestro país. En estos casos se produce con toda claridad la causa impeditiva del acceso que tan gráficamente definía el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 7º antes transcrito, al indicar que “la cuantía de las tasas (...) son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables”. Lo que no ocurría, ni se planteaba tan siquiera, con la Ley derogada porque no afectaba a las personas físicas, se manifiesta ahora con toda su crudeza e implica una infracción nítida del art. 24 de la Constitución, al impedir de hecho el acceso a la jurisdicción, manifestación esencial del derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

Otro tanto ocurrirá con respecto a las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), asoladas por una crisis económica sin precedentes, respecto de las que cabe reproducir cuanto se acaba de señalar.

En realidad, cualquier sujeto pasivo que estuviera exento de la tasa con anterioridad debería mantener tal condición, para garantizar que el acceso a la jurisdicción es real y efectivo. El Tribunal Constitucional siempre partió en su análisis de la norma legal derogada precisamente de que afectaba a sujetos pasivos que eran “personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada”. A sensu contrario, parece razonable pensar que la extensión a personas físicas y a personas jurídicas que no tengan ánimo de lucro, estén total o parcialmente exentas del impuesto de sociedades y presenten una reducida dimensión, hace incurrir a la norma en vicio de inconstitucionalidad.

Esto afectaría también a la no exención de las entidades de Derecho público no incluidas bajo el concepto limitativo que se recoge en el apartado 2.c) del art. 4 de la Ley 10/2012, esto es, “la

Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas”. Aparece así aparece nítida la no exención de las Administraciones corporativas, es decir, de los Colegios Profesionales, sus Consejos Generales y las Cámaras de Comercio.

Es lógico que las Administraciones públicas citadas en la Ley -por cierto, las que más recurren contra las sentencias de instancia- se encuentren exentas porque manejan fondos públicos y dedican su actividad a satisfacer el interés general. Ahora bien, lo mismo resulta predicable respecto de las Administraciones corporativas en cuanto a los fines que persiguen, por lo que deberían disfrutar de idéntica exención, máxime cuando, como es bien sabido, no se trata de organizaciones con capacidad económica suficiente en muchos casos para afrontar este tipo de costes. También deben citarse las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública, toda vez que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita sólo les reconoce el derecho a la asistencia gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Sin embargo, se trata de entidades cuyos fines de interés general requieren una protección superior por parte del ordenamiento. La mención de la norma ahora derogada, al referirse a “las entidades sin fines lucrativos que hayan optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo” resultaba mucho más ajustada a nuestro sistema jurídico y se acomodaba mejor a la libre decisión de estas entidades de acogerse o no al régimen fiscal especial normativamente previsto para ellas. Esa vinculación permanente de esas entidades a la consecución de fines de interés general, la ausencia de ánimo de lucro por definición legal y, en consecuencia, su inapreciable capacidad económica debe determinar también que les afecte lo señalado hasta ahora en este punto.

2º.- Ámbito objetivo de aplicación de la Ley.

También al determinar el hecho imponible de la tasa, el legislador ha optado por definirlo con gran amplitud en el art. 2, para después delimitar la aplicación real de a tasa por la vía de enumerar una serie de exenciones en su art. 4.1.

A).- El orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Como señalaba el Tribunal Constitucional expresamente, en su Sentencia 20/2012, “Tampoco se analizan las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo acceso ofrece peculiaridades desde el punto de vista constitucional, consecuencia del mandato contenido en el artículo 106.1 CE que ordena y garantiza el control jurisdiccional de la Administración por parte de los Tribunales (SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 3, y 177/2011, de 8 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido, STEDH Gran Sala Perdigão c. Portugal, de 16 de noviembre de 2010, as. 24768/06, § 72).

En definitiva, de acuerdo con la doctrina establecida desde la Sentencia 17/1981, de 1 de junio (FJ 1), se advierte que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal que quepa utilizar para buscar a través de él una depuración abstracta del ordenamiento”.

En su Sentencia 177/2011, de 8 noviembre, el Tribunal Constitucional realiza unas afirmaciones que, a pesar de venir referidas al ámbito de la jurisdicción militar, resultan

trasladables palabra por palabra al asunto que ahora nos ocupa, aun con mayor carga de intensidad:

“3. (...) De acuerdo con la doctrina constitucional de este Tribunal, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión tiene como elemento esencial de su contenido el acceso a la justicia, «consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC19/1981). En este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio pro actione que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse» (STC 37/1995, de 7 de febrero, F. 5). Tal como dijimos en la STC 202/2002, de 28 de octubre, F. 5, que otorgó el amparo y acordó elevar al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468 b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE «prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación Administrativa (así, STC 149/2000, de 1 de junio, que cita las SSTC 197/1988, de 24 de octubre, 18/1994, de 20 de enero, 31/2000, de 3 de febrero)”.

Obviamente en nuestro caso no nos encontramos ante una prohibición absoluta o incondicional, pero sus efectos son equivalentes. Como quiera que en las normas tributarias es prácticamente imposible el análisis aislado de los preceptos, si ponemos en relación los arts. 4.2 y 7 (determinación de la cuota tributaria) de la Ley 10/2012, podemos comprobar que el acceso a la Jurisdicción estará vedado en la práctica y el control judicial del poder público o de la actividad administrativa no existirá cuando se trata de asuntos de escasa cuantía. Conviene recordar que el art. 106.1 de la Constitución dispone que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Pero este mandato sólo podrá hacerse efectivo para asuntos de cuantía relevante. Ningún particular, ninguna PYME, ninguna asociación, fundación o Corporación profesional va a decidir acceder por cuestiones estrictamente económica a los Tribunales para impugnar actuaciones administrativas de cuantía inferior, al menos a 600 euros (que es casi el salario mínimo interprofesional), máxime si se tiene en cuenta que existen reglas de postulación procesal obligatoria. Sobre esto volveremos al tratar de las cuantías de estas nuevas tasas.

La completa potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, tan extensa e intensa en cualesquiera sectores de la actividad económica y de la vida social e incluso personal va a ser sometida a contraste de legalidad alguno ante los órganos judiciales. Por la vía del establecimiento de las nuevas tasas judiciales el poder público, la Administración, consigue la impunidad más absoluta en una gran parte de su actividad que afecta muy directamente a las personas físicas y jurídicas que operan en España en su vida diaria. No se trata de un problema tanto de exceso o no en la cuantía, pero sí de absoluta desproporción en la fijación del importe de la cuota de la tasa con relación a la cuantía litigiosa para los procesos a que nos venimos refiriendo. Por otra parte, existe un supuesto específico que va a quedar huérfano de control judicial, como es el del control del ejercicio de la potestad reglamentaria en numerosos supuestos. Nos referimos al control directo. Y así los recursos contencioso-administrativos que tienen por finalidad la impugnación de una disposición de carácter general. El carácter nomofiláctico de estos recursos hace que sean beneficiosos para el interés general y

muestran que el actor no busca, al menos exclusivamente, satisfacer un interés de carácter individual, sino proteger a los destinatarios de la norma presuntamente nula que, por definición, será una pluralidad indeterminada de personas. Aquí el sujeto pasivo de la tasa no sería el beneficiario único de la eventual expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que adolezca de vicio de nulidad.

Las desproporcionadas dificultades en el acceso a la jurisdicción en estos casos se unen a la inaplicación del mandato normativo del art. 106.1 de la Constitución, que podría quedar limitado en muchos supuestos a recursos indirectos –y dependiendo de la cuantía del acto de aplicación- o cuestiones de legalidad, con lo que el derecho da la tutela judicial efectiva para estos casos sería una mera declaración teórica sin efecto práctico alguno.

Igual ocurriría en los recursos contencioso-administrativos para los casos de vía de hecho de la Administración a que se refiere el art. 30 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se trata de un supuesto límite en el que la Administración actúa desprovista de título jurídico alguno. Como afirmaba el Consejo de Estado en su dictamen sobre la Ley en fase de Anteproyecto, “no parece equitativo obligar a esperar que la condena en costas traiga consigo el reintegro de lo pagado en concepto de tasa judicial, toda vez que el mero hecho de que exista esta tasa puede limitar el acceso a la Jurisdicción y, en todo caso, el importe debe adelantarse por el ciudadano afectado”.

B)- El orden jurisdiccional civil.

Para el orden civil basta con dar por reproducidas aquí las consideraciones realizadas sobre el ámbito subjetivo, ya que no existen las peculiaridades tan específicas del contencioso-administrativo.

3º.- Determinación de la cuota tributaria.

El art. 7 de la Ley se dedica a regular la determinación de la cuota tributaria, partiendo de una parte fija en función del hecho imponible, a la que se suma una cantidad variable obtenida mediante la aplicación de los tipos establecidos a la base imponible determinada por la cuantía del pleito, con un máximo de 10.000 euros. Las cuotas resultantes suponen enormes incrementos con respecto a las resultantes del sistema vigente. El efecto disuasorio en muchos casos, muchos más de los deseables y en especial los de escasa cuantía –como ya se ha indicado-, resulta indudable y determina una inexorable imposibilidad de acceso a la Jurisdicción y, en consecuencia, un injusto desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como afirmaba el Consejo de Estado en su dictamen: “Si bien se sigue el modelo ya existente, basado en la agregación de una cuantía fija -en función del tipo de procedimiento o recurso- y otra variable, cabe constatar el incremento generalizado que experimentan en el anteproyecto tanto las cantidades fijas en todos los casos así como la elevación del límite máximo de la cantidad variable, que sube de 6.000 a 10.000 euros. Los incrementos previstos son significativos. Así, por citar algunos supuestos, de una cuantía fija actual de la tasa en los juicios verbales de 90 euros se pasa en el anteproyecto a 150 euros. En el juicio ordinario se

duplicaría el importe exactamente, elevándose de 150 a 300 euros. Las cantidades fijas por apelaciones saltan de 300 a 800 euros y en los recursos de casación de 600 a 1.200 euros.

Como ya se ha señalado en las consideraciones generales, los parámetros para juzgar la adecuación del importe de las cuantías se cifran, desde un punto de vista constitucional, en que no sean impeditivas para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y, desde un punto de vista tributario, en que no superen el coste del servicio. Si bien esto último parece que no ocurrirá a tenor de las estimaciones de la memoria, algunos órganos preinformantes han expresado sus dudas en cuanto a que las nuevas tasas pueden generar un desproporcionado efecto disuasorio del acceso a la justicia en muchos casos, en especial los de escasa cuantía y para quienes tienen menos recursos aun sin llegar a beneficiarse del derecho a la asistencia jurídica gratuita

También han de tenerse en cuenta, respecto de las variaciones relativas entre los distintos incrementos, el diferente relieve constitucional del derecho al acceso a la jurisdicción y del derecho de acceso a los recursos legamente establecidos. Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero (FJ 5), han sido subrayadas las diferencias entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el artículo 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 33/1989, de 13 de febrero; y 48/2008, de 11 de marzo); el derecho al recurso legal no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales que los crean, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

A la vista de tales consideraciones, cabría pensar en posibles alternativas que, manteniendo expectativas de recaudación similares o incluso superiores, favorezcan mayor equidad del sistema. Así, podría ponerse más énfasis en el incremento de las cuantías variables aplicables en segunda instancia y casación a la par que atemperar las cuantías fijas, especialmente en primera instancia.”.

Antes nos referíamos a la conclusión sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 20/2012, cuando afirmaba en el contexto de las norma vigente que “no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional”.

Sin embargo, el alto Tribunal añade en el FJ 10 (que ahora volvemos a transcribir) que: “Esta conclusión general sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos

irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuestos en el fundamento jurídico 7. En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a partir de la **Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (TEDH 2001, 398) (asunto núm. 28249/95)**, mantiene que el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma. Sin embargo, la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§ 60 y 66; en el mismo sentido, SSTEDH de 26 de julio de 2005, Kniat c. Polonia, as. 71731/01; 28 de noviembre de 2006, Apostol c. Georgia, as. 40765/02; y 9 de diciembre de 2010, Urbanek c. Austria, as. 35123/05).

Estos criterios son compartidos por la Unión Europea, en virtud del derecho a una tutela judicial efectiva que ha consagrado el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales, tal y como ha expuesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010 en el asunto DEB Deutsche Energiehandels- undBeratungsgesellschaftmbH (núm. C-279/09). Con la particularidad de que esta resolución no cuestiona en modo alguno la financiación de la actividad judicial a costa de las empresas que instan litigios civiles; lo que impone el principio de tutela judicial efectiva es que una persona jurídica, que invoca en el proceso derechos otorgados por el Derecho comunitario, pueda obtener la dispensa del pago anticipado de las costas procesales si dicho abono, anterior a la Sentencia, constituyera un obstáculo insuperable para su acceso a la justicia. Regla que se encuentra en sintonía con las exigencias que dimanaban del derecho enunciado en el art. 24.1 CE (STC 84/1992, de 28 de mayo, F. 4)”. Pues bien, resulta claro, sencillo de entender, que las previsiones del art. 7 de la Ley 10/2012 “impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables”, en términos del propio Tribunal Constitucional. **La exagerada cuantía del tributo y, más específicamente, su desproporción con respecto a la cuantía litigiosa en numerosos casos hace que la tasa no resulte desincentivadora, sino impeditiva del acceso a la Jurisdicción.**

Ejemplos prácticos

Para mostrarlo gráficamente, nada mejor que acudir a algunos ejemplos prácticos con los que nos encontramos en el día a día del ejercicio de la función jurisdiccional. No se trata ya de razonamientos abstractos, sino de casos reales. Debe partirse de que estos casos se refieren, por ejemplo, a personas físicas con unos ingresos totales por unidad familiar (4 personas) de 1.400 euros mensuales (por encima de los 1.282,80 euros que permitirían acceder a la justicia gratuita).

A).- Orden jurisdiccional Civil.

a).- Monitorio en reclamación de 2.100 euros de cuotas por impagos a la Comunidad de Propietarios. En este caso las tasas ascenderían a 921 euros.

b).- Separación o divorcio sin liquidación de sociedad de gananciales, las tasas en dos instancias serían de 1.280 euros.

c).- Ocupante de un vehículo que sufre tetrapléjia y múltiples lesiones a consecuencia de un accidente de tráfico, a lo que se debe sumar la situación de invalidez, la necesidad de ayuda de tercera persona y otros conceptos, para concluir con un importe de reclamación a las compañías aseguradoras del vehículo en el que viajaba y del tercer implicado de 1.300.000 euros. La tasa judicial que correspondería por interponer demanda en primera instancia sería de 6.050 euros (300€+ 0.5% cuantía hasta 1.000.000 € + 0,25% cuantía que excede de 1.000.000 €). Obviamente, si hubiese que recurrir ante la Audiencia Provincial en apelación, serían otros 6.550 euros (800 € + 0.5% cuantía hasta 1.000.000 € + 0,25% cuantía que excede de 1.000.000 €). Por último, si hubiese que recurrir ante el Tribunal Supremo en casación, hay que sumar 6.950 euros más (1.200 € + 0.5% cuantía hasta 1.000.000 € + 0,25% cuantía que excede de 1.000.000 €). Lo anterior hace un total para las tres instancias de 19.550 euros en tasas judiciales, frente a los cero euros del día anterior a la entrada en vigor de la Ley 10/2012.

Conocemos la doctrina constitucional sobre el derecho a la segunda y tercera instancia, no cabe duda de que esa persona tenderá a pactar la indemnización con las compañías de seguros, aunque sean muy inferiores a lo que resultaría justo porque el coste seguro de las tasas, unido a la dificultad de que en ese tipo de procesos exista una estimación total con la consiguiente condena en costas; y sumando otros costes ligados al proceso viene a hacer inviable en la práctica el acceso a la tutela judicial.

d).- Demanda de retracto formulada por un inquilino porque el arrendador incumple su obligación de ofrecerle la posibilidad de comprar el piso antes de venderlo a un tercero por un importe de 150.000 euros. El coste de la tasa sería de 1.050 euros para la primera instancia. Difícil de soportar, ya que debe sumarse al resto de gastos procesales y, en caso de perder, las consecuencias serían penosas para el reclamante.

e).- División de la cosa común entre dos copropietarios de un inmueble (que admite división) valorado en 300.000 euros— ya sea por haberlo heredado o por haberlo adquirido constante matrimonio—: el coste de la tasa sería para la primera instancia de 1.800 euros (300 € fijo más 0.5% del valor de mercado del inmueble). Absolutamente desproporcionado. Con toda seguridad el inmueble permanecerá largo tiempo indiviso.

f).- División judicial de patrimonios (herencias, condominios, liquidación de gananciales, liquidación de patrimonio de parejas de hecho). La cuantía litigiosa es equivalente al valor del global del patrimonio. Para el caso de un patrimonio común consistente en un piso de 300.000 euros, un apartamento en la playa de 60.000 euros, 35.000 euros el banco y un coche de 5.000 euros, el total valor patrimonio que se va a dividir ascendería a 400.000 euros. Pues bien, la cuantía de la tasa para la primera instancia ascendería a 2.300 euros (fijo 300 € + variable 400.000 X 0.5%). Si se trata de una herencia, éste es obviamente uno solo de los gastos.

g).- Reclamación contra un profesional que ha hecho una reparación de escasa cuantía en la casa del reclamante y el resultado ha sido nulo. Por ejemplo, 300 euros de un cerrajero, 150 euros de un electricista, 500 euros de un fontanero. La tasa del juicio verbal asciende a una parte fija de 150 euros y la variable del 0,5 % de la cuantía litigiosa. Igual ocurrirá con un abogado que ha redactado mal un contrato, que la otra parte se niega a firmar por tal razón, pero ya ha percibido por ello 300 euros. O con una prenda de vestir defectuosa que ha costado

120 euros o unos zapatos de 80 euros. En todos estos casos la tasa tiene un importe superior a la reclamación.

h).- Reclamación de cantidad en monitorio, para los mismos casos del apartado anterior cuando se ha prestado el servicio o efectuado la venta, pero el cliente no paga. El monitorio lleva aparejada una tasa de 100 euros (parte fija), a la que se debe sumar el variable ya visto. Por cierto, se premia al comerciante y al profesional –que pueden utilizar el proceso monitorio- con respecto al consumidor, quien ha de pagar una tasa más alta.

g).- Reclamación de una Comunidad de propietarios contra la constructora por vicios de construcción, con una cuantía litigiosa –equivalente al coste de la reparación- de millones o cientos de miles de euros, como es lamentablemente habitual. La tasa en primera instancia ascendería a miles de euros, lo que determinará en muchos casos que se decida no acudir a la Jurisdicción.

B)).- Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

En estos supuestos se encuentra además afectado el art. 106 de la Constitución, como ya analizamos anteriormente, lo que implica la impunidad de la Administración, del poder público en numerosos supuestos; así como que los Tribunales no podrán cumplir su función de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

a).- Sanciones de tráfico:

- Leves, sin detracción de puntos (Multas de hasta 100 euros): tasa judicial: 200 euros de fijo, más la parte variable. Es decir, más del doble de la multa. - Graves sin detracción de puntos (multas de 200 euros): exactamente igual que en el caso anterior.

- Graves con detracción de puntos: 450 euros, es decir, un 225% del importe económico de la multa.

- Muy graves (multas de 500 euros) con detracción de puntos: tasa de 450 euros

b) Sanciones administrativas en general: se aplican los mismos criterios de la letra anterior.

c).- Interposición de recurso contencioso-administrativo por personal laboral interino al servicio de la administración pública, que no estaría exento del pago de la tasa según el proyecto, por lo que deberían abonar tasas judiciales: 290 euros.

d).- Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

- Reclamación de 500.000 euros como indemnización por graves daños por negligencia médica en un hospital de la Seguridad Social: la tasa ascendería a 2.850 euros.

- Reclamación a un Ayuntamiento por importe de 1.000 euros por unos daños físicos sufridos por hundirse una rejilla bajo los pies del reclamante como consecuencia de su falta de mantenimiento: 205 euros de tasa en primera instancia. Si los daños causados al viandante se

valoran en 200 euros, la tasa supera al importe reclamado. Si son 600 euros los causados, la tasa asciende a 203 euros.

En todos estos supuestos no existirá recurso contencioso-administrativo y la Administración no será controlada respecto de actuaciones ilegales.

c).- Inadmisión indebida de un recurso contencioso administrativo por el Juez o Tribunal de instancia: en estos casos, además del pago de las tasas judiciales correspondientes a la primera instancia, el recurrente en apelación deberá pagar una nueva tasa de 800 y si es en casación de 1.200 euros adicionales, sin haber obtenido la tutela judicial solicitada, es decir, un pronunciamiento sobre el fondo ya que es indebidamente inadmitido. Si el Tribunal que conozca de esta nueva instancia resuelve sobre el fondo con una estimación parcial, el recurrente no tendrá derecho a devolución parcial alguna del importe de la tasa.

En definitiva, la Ley 10/2012 supone para un número indeterminado, pero enormemente elevado, de supuestos que la cuantía de las tasas establecidas es tan elevada que impide en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculiza en numerosos casos en términos irrazonables, en términos del propio Tribunal Constitucional, por lo que entendemos que procede plantear ante el citado Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad para que se pronuncie sobre los mandatos contenidos en los artículos 4 y 7 de la Ley 10/2012 que, a nuestro entender resultan parcialmente inconstitucionales por cuanto se acaba de exponer.

3) RESOLUCIÓN DEL MAGISTRADO JUEZ DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE BENIDORM CARLOS ANTONIO VEGAS RONDA EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN VIGOR EL 22/11/2012 DE LA LEY 10/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN DETERMINADAS TASAS EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGIA Y CIENCIAS FORENSES.

Como hemos expuesto, son diversas las voces que plantean la inconstitucionalidad de la norma, y además, existe ya alguna resolución judicial que plantea la inaplicabilidad de la misma por ser contraria al derecho comunitario, en concreto la resolución mencionada que a continuación copiamos.

“PREAMBULO: El CGPJ recomienda dentro de sus buenas prácticas, el establecimiento de reglas comunes en los diferentes órganos jurisdiccionales al objeto de que los ciudadanos tengan certeza de los criterios judiciales en determinadas cuestiones.

La entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y que introduce un sistema de pago de tasas judiciales no reemborsable en actos jurisdiccionales, exige, a juicio de este redactor, el establecimiento de un criterio al efecto de la certeza de los ciudadanos y operadores jurídicos.

En el ámbito de la competencia del Juzgado de lo Social, sólo existe este órgano, por lo que la resolución se adopta, por el que subscribe, y la hace pública para su general conocimiento.

BREVE DESCRIPCIÓN DE LA OPERATIVA DE LA NORMA EN EL AMBITO SOCIAL

- La tasa regulada tiene la naturaleza de precio por la prestación de un servicio en régimen de Derecho Público.
- La tasa es de carácter nacional, y es compatible con otras tasas y exacciones establecidas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia.
- El hecho imponible de la tasa en el ámbito social es la interposición de un recurso de suplicación y de casación.
- El sujeto pasivo es cualquiera que promueva el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realice el acto sujeto.
- Objetivamente se excluyen los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales.
- Subjetivamente están excluidos los que tengan reconocidos el derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- Los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores autónomos tienen una bonificación del 60% de la tasa.
- La tasa se devenga en el momento de interposición del recurso de suplicación o de casación.
- La cantidad fija de la tasa en el orden social es de 500€ en el recurso de suplicación y de 750€ en de casación. Existe además una parte variable en función de la cuantía con un máximo de 10.000€ en función de una escala (hasta 1 millón de €, 0,5%, a partir de dicha cantidad un 0,25%).
- El justificante del abono de la tasa se debe producir en el escrito que interponga el acto sujeto. En caso de no aportarlo se paralizará el trámite del escrito, pero no del plazo de dicho trámite, con lo que habrá el mismo para subsanarlo. Si no se subsanara se daría por finalizado el trámite.

- Está pendiente de aprobarse el modelo oficial.

CRITERIO DEL MAGISTRADO JUEZ DEL JUZGADO DE LO SOCIAL 1 DE BENIDORM CARLOS ANTONIO VEGAS RONDA

Este Magistrado entiende contrario al derecho de la Unión Europea, al menos por lo que respecta al ámbito social de la Jurisdicción el establecimiento de estas tasas por los siguientes motivos:

- En el ámbito social de la jurisdicción es habitual la aplicación del derecho de la Unión Europea. Por aplicación de los Tratados, la facultad de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es potestativa para los órganos de primera resolución, pero obligatoria para el órgano que resuelve el litigio en última instancia (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -antiguo art. 234 TCE-). De esta manera, en no pocas ocasiones el órgano que resuelve el recurso de suplicación o el de casación es el que aplica de manera efectiva el Derecho de la Unión Europea (el denominado acervo social comunitario).

- El establecimiento de una tasa vinculada a la prestación de un servicio público, que en cuantía puede llegar hasta 10.500 euros en el ámbito del recurso de suplicación, y cuyo incumplimiento lleva a la preclusión del acto jurisdiccional es un obstáculo contrario al Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial en los términos del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la interpretación a dicho precepto establecido entre otras en la Sentencia del TJUE de 06/11/2012 del asunto C-199/11.

- En cualquier caso, el diseño de la tasa, establecida según la norma interna como derivada de la prestación de un servicio en régimen de Derecho Público, entraría de pleno en la aplicación de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Así la mencionada directiva es de aplicación a prestadores de servicios sean públicos o privados, y se puede identificar el servicio público, con la prestación de los derivados de la tramitación de la actividad jurisdiccional (trámites, medios, notificaciones, etc...). Por tanto, actividad prestataria, sometida a la legislación señalada. En este sentido, el establecimiento de estas tasas, sin explicitar qué sufragán, cómo se han valorado esos gastos para determinar su cuantía, y los efectos que conlleva, le confiere el carácter de cláusula abusiva de acuerdo a la aplicación de la normativa de la Unión.

- En cuanto a los efectos de una normativa contraria al derecho de la Unión, de acuerdo a lo previsto a los principios generales del derecho de la Unión, y la aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las sentencias de 15/07/1964 (Asunto Costa vs ENEL) y 07/09/2006 (Asunto Cordero Alonso), declarando la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho interno; y ante una lesión de Derechos Fundamentales de la Unión, la obligación del Juez nacional de inaplicar la normativa interna y reestablecer el Derecho Fundamental con la aplicación del Derecho de la Unión.

En mérito a lo anteriormente señalado

EL MAGISTRADO JUEZ DEL JUZGADO DE LO SOCIAL 1 DE BENIDORM RESUELVE: Que es su criterio, entender que en el ámbito social de la Jurisdicción la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología no es de aplicación al ser contraria al Derecho de la Unión Europea, y no será exigible su pago en los trámites del recurso de suplicación.

El Magistrado Juez
Carlos Antonio Vegas Ronda”

4) PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL. CASO CONCRETO

Sin perjuicio de que a nivel estatal se esté planteando por numerosos operadores jurídicos la posibilidad de interponer recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, e incluso existan decisiones judiciales de inaplicación de la ley por imperativo del derecho comunitario, este grupo desea elevar esta cuestión al TJUE para armonizar el derecho interno.

En ese sentido es nuestra la intención de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, sin embargo, toda vez que la norma es de reciente entrada en vigor, no se ha podido estudiar el tema suficientemente. Asimismo, entendemos que es urgente la elevación de la cuestión prejudicial por los más que probables efectos que tendría la aplicación de la norma respecto a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

Lo que planteamos es la posibilidad de suspender la aplicación de la Ley 10/2012 en todo el ámbito estatal y en todos los procedimientos que se interpongan, así como los recursos, y por ende, que la tasa judicial quede en suspenso mientras se dirima la cuestión prejudicial interpuesta ante el TJUE. Esta posibilidad de suspensión en la aplicación de la Ley 10/2012 no es posible con los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que se planteen, y entendemos que, de ser objeto de enjuiciamiento en el TJUE sí sería posible.

El caso concreto sería el siguiente:

Una persona física tiene una hipoteca con una entidad bancaria, por importe de 36.000 euros. Se produce un impago y la entidad bancaria insta un procedimiento de ejecución hipotecaria. El procedimiento de ejecución hipotecaria tiene unas particularidades especiales en derecho español, que ya han sido denunciadas en reiteradas ocasiones pues no permite efectuar una oposición que permita ejercitar el derecho de defensa.

En la oposición se esgrime la nulidad de la cláusula Euribor por su cálculo contrario a los derechos de consumidores y usuarios (explicación ésta muy breve y que se complementa con el informe sobre Euribor que también ha redactado este grupo). Así se expone que la cláusula Euribor es cláusula abusiva que es incompatible con la Directiva 93/13 CEE.

El Juzgado que conoce de la Ejecución hipotecaria resuelve en el sentido de no admitir la oposición, porque las cuestiones planteadas no entran dentro de los motivos de oposición, y sin perjuicio de que se inste lo que proceda en un procedimiento ordinario, acuerda seguir con el procedimiento de ejecución.

Así, nos encontramos con una ejecución hipotecaria que no se paraliza ni siquiera por el hecho de que se inste un procedimiento ordinario en denuncia de la normativa de consumidores y usuarios. Paralelamente, la persona física tendrá que interponer un procedimiento ordinario, cuya resolución probablemente no le resuelva el problema del lanzamiento de su vivienda, y que, además tiene que pagar unas tasas de 480 euros, estando en una situación en la que no se tiene acceso a la justicia gratuita, y sin embargo no se puede hacer frente al pago de la tasa, por existir diversas deudas más pendientes.

En cuanto al tema de la aplicación de la normativa comunitaria (Directiva 93/13/CEE) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, actualmente (s.e.uo) está pendiente de resolución por TJUE una cuestión prejudicial ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, Asunto C-415/11 en el que ya se ha pronunciado el Abogado General.

Copiamos aquí las conclusiones del Abogado General.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL (ASUNTO C-415/11)

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 8 de noviembre de 2012 ([1](#))

Asunto C-415/11

Mohamed Aziz
contra
Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona)

«Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Préstamo hipotecario – Posibilidades de protección jurídica en el procedimiento ejecutivo – Desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato – Intereses de demora – Acreedor que da por vencido anticipadamente el préstamo»

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (2)

2. El Sr. Aziz, demandante en el litigio principal, celebró con la caja de ahorros demandada un contrato de préstamo para la financiación de una vivienda en propiedad y concertó una hipoteca en garantía de dicho préstamo. Ante las dificultades de pago del Sr. Aziz, la demandada procedió a la ejecución del inmueble mediante un procedimiento simplificado de ejecución hipotecaria previsto en el Derecho español.

3. Una vez finalizado el procedimiento ejecutivo, el Sr. Aziz alegó en procedimiento separado el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo. Según expone el órgano jurisdiccional remitente, en el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede alegarse el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo. El consumidor sólo puede presentar tal alegación en un procedimiento declarativo separado. Ahora bien, mediante este segundo procedimiento no puede influir en la ejecución. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la compatibilidad de la normativa procesal nacional, que excluye la posibilidad de oponer el carácter abusivo de las cláusulas, con la Directiva 93/13. Además, pregunta por el carácter abusivo de distintas cláusulas del contrato de préstamo.

4. De este modo, el presente procedimiento brinda al Tribunal de Justicia la posibilidad de desarrollar su jurisprudencia relativa a la garantía efectiva de la protección al consumidor mediante el Derecho procesal nacional. Asimismo, se trata de analizar las circunstancias que han de tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

II. Marco legal

A. Derecho de la Unión

5. El artículo 3 de la Directiva 93/13 dispone:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

[...]

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.»

6. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece:

«1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del

contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.»

7. A tenor del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva:

«1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.»

8. El anexo de la Directiva 93/13, rubricado «Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3», incluye:

«1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

[...]

e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;

[...]

q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.»

B. *Derecho nacional*

9. El procedimiento judicial de ejecución hipotecaria está regulado en los artículos 693 y 695 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (3)

10. El artículo 695 de la LEC establece:

«1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

[...]

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos

que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

[...]»

11. El artículo 698 de la LEC dispone:

«1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

[...]

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.»

III. Antecedentes de hecho y remisión prejudicial

12. En julio de 2007 el Sr. Aziz suscribió con la Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (4) un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública. La finalidad de dicho contrato de préstamo, por un capital de 138.000 euros, consistía esencialmente en cancelar la deuda crediticia pendiente con otra entidad de crédito, por un capital de 115.821 euros, contratada para la adquisición de la vivienda familiar. El bien hipotecado continuó siendo la vivienda familiar, que en la escritura pública se tasó en 194.000 euros. En aquel momento el Sr. Aziz tenía unos ingresos fijos mensuales de 1.341 euros.

13. Las cláusulas esenciales del contrato se resumen en la resolución de remisión como sigue: el período de amortización del préstamo se fija en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de julio de 2040. El importe de las cuotas mensuales asciende, mientras no varíe el interés inicial, a 701,04 euros. Los intereses ordinarios se establecen del siguiente modo: hasta el 30 de enero de 2008, un interés fijo del 4,87 % nominal anual. Desde el día siguiente hasta la amortización total del préstamo, el tipo de interés nominal pasa a ser variable (índice Euribor + 1,10 %).

14. La cláusula sexta del contrato dispone que el tomador del préstamo incurre en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o amortización. Los intereses de demora serán liquidables día a día y se calculan al tipo del 18,75 %.

15. Además, se estipula que la caja de ahorros puede dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, entre otros motivos cuando venza alguno de los plazos estipulados y el deudor no haya cumplido su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo. Las partes acuerdan inscribir en el Registro de la Propiedad esta causa de vencimiento para, en su caso, poder reclamar judicialmente la totalidad de la deuda (capital más intereses) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 693 de la LEC.

16. La cláusula undécima trata de la constitución de la hipoteca. La hipoteca cubre el capital prestado de 138.000 euros, los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 euros, más otros 13.800 euros en previsión de costas y gastos. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario.

17. La cláusula decimoquinta tiene por objeto la ejecución judicial de la hipoteca: se establece en ella la tasación de la finca (194.000 euros) y se pacta que la deuda puede ser reclamada judicialmente tanto por un procedimiento declarativo como por los procedimientos de ejecución ordinaria o hipotecaria. Se pacta expresamente que la caja de ahorros podrá determinar la deuda exigible, entre otros supuestos, para el caso de ejecución judicial, presentando al efecto, junto con la escritura de constitución de la hipoteca, la liquidación de las cantidades pendientes de pago que se practicará en la forma convenida en la escritura para determinar la deuda mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad exigida.

18. A partir de octubre de 2007, el Sr. Aziz se demoró en el pago de varias mensualidades (octubre y diciembre de 2007 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2008). Debido al retraso, la caja de ahorros cargó los intereses de demora pactados. Desde el 31 de julio de 2007 –fecha del primer vencimiento del préstamo– hasta el 31 de mayo de 2008, el Sr. Aziz había satisfecho 1.325,98 euros del principal prestado y 6.656,44 euros en concepto de intereses ordinarios e intereses de demora.

19. A partir de finales de mayo de 2008, el Sr. Aziz dejó de pagar las mensualidades de su crédito, que hasta entonces había venido pagando con mayor o menor regularidad. La caja de ahorros aplicó la cláusula de vencimiento anticipado del crédito y reclamó el importe total del crédito (principal más intereses).

20. En octubre de 2008, un representante de la caja de ahorros otorgó ante notario el acta de determinación del saldo pendiente de pago por parte del Sr. Aziz. En el acta notarial se cuantificó la deuda –liquidada según criterios matemático-financieros generalmente admitidos–, de acuerdo con las condiciones pactadas por las partes, y según consta en los certificados emitidos por la entidad de crédito, en 139.764,76 euros. Esta cifra se desglosa en las siguientes partidas: 136.674,02 euros de principal; 3.017,97 euros de intereses ordinarios y 72,77 euros de intereses de demora.

21. En enero de 2009, la caja de ahorros remitió un telegrama al Sr. Aziz comunicándole el inicio de acciones judiciales para exigirle el importe adeudado hasta el 16 de octubre de 2008, más los intereses pactados desde esa fecha hasta el completo pago, más los gastos correspondientes. El telegrama por el que se le requiere el pago de la deuda se entregó el 2 de febrero de 2009 a un familiar del Sr. Aziz en su domicilio.

22. En marzo de 2009, la caja de ahorros inició un procedimiento de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reclamando al Sr. Aziz 136.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros por intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas. En el momento en que se interpuso la demanda de ejecución hipotecaria las cuotas vencidas no satisfechas ascendían a 3.153,46 euros. La ejecución patrimonial tenía por objeto el inmueble hipotecado, que era la vivienda del Sr. Aziz y su familia.

23. El procedimiento judicial de ejecución hipotecaria se atribuyó al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell. Este Juzgado requirió judicialmente al Sr. Aziz, sin resultado, el pago de la deuda.

24. El órgano jurisdiccional remitente señala que, conforme al Derecho procesal español, los motivos de oposición en los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria están limitados. Únicamente cabe oponer la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, el error en el cálculo de la cantidad debida (cuando la deuda sea el saldo de cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado) y la existencia de otra hipoteca –no cancelada– inscrita con anterioridad. El órgano jurisdiccional remitente observa que ninguno de estos motivos de oposición es aplicable al presente caso.

25. El órgano jurisdiccional remitente apunta que, según el artículo 698, apartado 1, de la LEC, cualquier reclamación que el deudor pudiera formular basada en otros motivos (como la relativa a la validez de las cláusulas del préstamo del que nace la deuda) será resuelta en un juicio ordinario separado, sin que se suspenda el procedimiento judicial de ejecución. Según el artículo 698, apartado 2, de la LEC, el juez competente en este procedimiento ordinario tan sólo puede asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo reteniendo todo o parte del precio de la subasta que deba entregarse al acreedor.

26. El Sr. Aziz no compareció en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni formuló ningún motivo de oposición a la ejecución. Tampoco se acogió a la posibilidad de «liberar el bien» y evitar la subasta, conforme al artículo 693, apartado 3, de la LEC, pagando las cuotas no satisfechas en el momento de la ejecución, más los intereses, costas y gastos correspondientes a dichas cuotas.

27. En consecuencia, el día 15 de diciembre de 2009 se dictó un auto ordenando la ejecución del bien hipotecado.

28. El 20 de julio de 2010 tuvo lugar la subasta judicial del bien hipotecado, a la que no acudieron licitadores. Consiguientemente, la caja de ahorros solicitó la adjudicación del bien por el 50 % del valor de tasación (97.200 euros), opción permitida en el procedimiento ejecutivo español y que de hecho se llevó a cabo. De este modo, el Sr. Aziz perdió la propiedad de su vivienda, pero siguió debiendo a la caja de ahorros más de 40.000 euros de principal, más la liquidación correspondiente de intereses y costas. El 20 de enero de 2011, la comisión judicial habilitada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell acudió al inmueble objeto de subasta y adjudicación para otorgar a la caja de ahorros la posesión del inmueble. El Sr. Aziz fue expulsado de la vivienda.

29. En el litigio principal, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, el Sr. Aziz solicita, como parte actora, que se declare el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de la cláusula decimoquinta del contrato y por ende, tal y como expone el órgano jurisdiccional remitente, que se declare nulo el procedimiento ejecutivo tramitado. El órgano jurisdiccional remitente ha suspendido el procedimiento hasta que se resuelvan las cuestiones prejudiciales.

30. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

- 2) Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:
- a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.
 - b) [A] la fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18 %– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.
 - c) [A] la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.»

31. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han formulado observaciones escritas y orales el Sr. Aziz, CatalunyaCaixa, el Gobierno español y la Comisión Europea.

IV. Apreciación jurídica

A. Primera cuestión prejudicial

1. Admisibilidad

32. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber si un sistema de ejecución hipotecaria regulado en el Derecho procesal nacional que no prevé ninguna posibilidad de oponer frente a la ejecución el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca constituye una limitación de la protección de los consumidores e infringe, por tanto, la Directiva 93/13.

33. La caja de ahorros demandada en el litigio principal duda de la admisibilidad de dicha cuestión. Afirma que es meramente hipotética y que no guarda relación alguna con el litigio principal, cuyo único objeto de controversia es la validez de la cláusula contractual decimoquinta. El Gobierno español también considera inadmisibile la primera cuestión. Observa que la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo sólo podría ser, en su caso, relevante para el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Sin embargo, en el caso de autos, el procedimiento ejecutivo ya ha finalizado. Por consiguiente, afirma que la primera cuestión prejudicial es irrelevante a efectos del procedimiento tramitado ante el órgano jurisdiccional remitente, que tiene que pronunciarse acerca de la eficacia de una cláusula contractual en abstracto y con independencia del procedimiento ejecutivo tramitado.

34. La Comisión también considera que la cuestión acerca de las facultades de apreciación del juez que conoce del procedimiento ejecutivo es hipotética y con ello inadmisibile. Propone reformular la cuestión prejudicial, de manera que se examinen las

facultades del juez del *procedimiento declarativo*, consideradas a la luz de la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo.

35. Procede coincidir con las partes intervinientes en el procedimiento en cuanto a que la cuestión concretamente formulada es hipotética en la medida en que, de hecho, no la plantea el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Únicamente al juez que conoce del procedimiento ejecutivo se le plantea directamente la cuestión acerca de las posibilidades de oposición en su procedimiento y acerca del influjo de la Directiva 93/13 en las posibilidades de protección jurídica en dicho procedimiento.

36. Por consiguiente, como propone acertadamente la Comisión, ha de entenderse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en un sentido amplio, refiriéndose a las posibilidades que tiene el consumidor de obtener, cuando menos a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución. A primera vista, esta cuestión también podría parecer hipotética, dado que la ejecución ya ha finalizado. Sin embargo, es relevante para la resolución del caso de autos.

37. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente da a entender en su resolución de remisión que el litigio principal también trata de las eventuales compensaciones derivadas de la hipoteca una vez finalizada completamente la ejecución. Por lo tanto, la cuestión relativa a la protección jurídica frente a la ejecución es relevante para la resolución del órgano jurisdiccional remitente, el cual, en virtud del principio de efectividad, puede verse obligado a compensar *a posteriori*, mediante su resolución, posibles vicios del procedimiento tramitado hasta el momento.

38. Así pues, a continuación se analizan los requisitos que impone la Directiva 93/13, en el ámbito de las ejecuciones, respecto de las posibilidades que tiene el consumidor de alegar el carácter abusivo de las cláusulas.

2. Apreciación

39. Para responder a la primera cuestión prejudicial ha de señalarse, en primer lugar, que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. (5)

40. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. (6)

41. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. (7)

42. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar incluso de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. (8)

43. En el presente asunto se plantea la cuestión de cuáles son las posibilidades que ha de tener un consumidor para oponer el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo frente a la ejecución de la hipoteca que garantiza dicho préstamo.

44. Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada por el principio de equivalencia y por el principio de efectividad. (9) La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores. (10)

45. El principio de equivalencia dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno. (11) A este respecto no se presenta problema alguno en el caso que nos ocupa, pues el artículo 698 de la LEC no sólo excluye que en el procedimiento ejecutivo se oponga el carácter abusivo de las cláusulas, sino en general todo motivo de oposición que se refiera a la nulidad del título.

46. Con mayor detalle debe examinarse, a continuación, la observancia del principio de efectividad. Con arreglo a éste, la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. (12)

47. Según la explicación proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, con objeto de ejecutar la hipoteca de forma efectiva e inmediata, el procedimiento simplificado de ejecución hipotecaria español sólo contempla posibilidades muy restringidas para la protección del deudor. Con escasas excepciones que, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, no concurren en el caso de autos, el deudor debe, por lo tanto, soportar la ejecución hipotecaria sin que se consideren las posibles cláusulas abusivas. Sólo en un procedimiento declarativo separado, cuyo objeto es la validez del título, puede el deudor oponerse a la pretensión en que se basa la ejecución y, de este modo, alegar el carácter abusivo de las cláusulas aplicadas.

48. Ahora bien, mediante dicho procedimiento declarativo separado, el deudor tan sólo tiene la posibilidad de intervenir en el reparto del producto de la ejecución o de formular reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios originados por la ejecución. Asimismo, en ese procedimiento declarativo separado, el tribunal tiene la posibilidad de ordenar la retención del producto de la subasta, con objeto de asegurar que también pueda prosperar una eventual reclamación de cantidad del deudor contra el ejecutante.

49. No obstante, según lo señalado en la petición de decisión prejudicial, ni en el ámbito del propio procedimiento de ejecución simplificado ni en el procedimiento declarativo separado tiene el tribunal que conoce del asunto la posibilidad de ordenar la suspensión provisional de la ejecución forzosa, es decir, de la subasta forzosa del inmueble.

50. Por lo tanto, aun cuando se opusiera a la ejecución del inmueble el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, el consumidor no tendría la posibilidad, con arreglo al Derecho español, de impedir la

subasta y la consiguiente pérdida de la propiedad. El consumidor sólo está protegido jurídicamente *a posteriori* por la indemnización de daños y perjuicios y debe, como ocurrió en el litigio principal, soportar la pérdida de su vivienda.

51. Tal regulación procesal menoscaba la eficacia de la protección que pretende otorgar la Directiva 93/13.

52. En efecto, especialmente cuando el bien inmueble gravado con la hipoteca es la vivienda del deudor, difícilmente es apropiada la sola reclamación de indemnización por daños y perjuicios para garantizar eficazmente los derechos reconocidos al consumidor en la Directiva 93/13. No constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios.

53. La Directiva 93/13 exige, antes bien, que el consumidor disponga de un recurso legal eficaz para que se compruebe el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo, y que mediante dicho recurso pueda, en su caso, detenerse la ejecución forzosa.

54. En el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia dictada en el asunto Banco Español de Crédito. En esa ocasión, el Tribunal de Justicia –en relación con un procedimiento monitorio– resolvió que, con objeto de respetar el principio de efectividad en relación con lo dispuesto en la Directiva 93/13, el juez nacional está obligado, incluso antes de dictar el requerimiento de pago al que podría oponerse después el consumidor, a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, siempre que disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. (13) En efecto, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición requerida. (14)

55. ¿Se desprende también de ello que el consumidor debe tener *de forma inmediata* en el procedimiento ejecutivo, y no sólo en un procedimiento separado, la posibilidad de alegar el carácter abusivo de las cláusulas? A este respecto se plantean dudas sobre la aplicabilidad de la jurisprudencia del asunto Banco Español de Crédito ya que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso monitorio, en una situación como la del caso de autos, la escritura notarial constituye un título ejecutivo y ha de reconocerse el interés del acreedor en tramitar rápidamente la ejecución forzosa. Mediante la configuración formalista del procedimiento ejecutivo y la amplia exclusión de los motivos de oposición, el legislador persigue el objetivo de que puedan ejecutarse rápidamente las pretensiones amparadas por un título. En estas circunstancias, no me parece forzosamente necesario calificar *a priori* de excesiva obstaculización de la protección jurídica del consumidor el hecho de que éste deba generar previamente, mediante la incoación de un procedimiento, las condiciones necesarias para que el tribunal competente examine las cláusulas contractuales.

56. Sin embargo, esta cuestión no ha de resolverse de manera concluyente en el caso de autos. Como ya he expuesto al referirme al examen de la admisibilidad, no es preciso responder aquí a la cuestión de si el consumidor debe tener la posibilidad explícita *en el procedimiento ejecutivo* de alegar el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo. Por consiguiente, tampoco debe dilucidarse si de la sentencia recaída en el asunto Banco Español de Crédito puede deducirse que también el juez que conoce del procedimiento ejecutivo debe examinar de oficio la validez de determinadas cláusulas contractuales que pueden tener repercusiones en la ejecución forzosa. (15) Finalmente, en la primera cuestión prejudicial se trata expresamente de las posibilidades de oposición del consumidor, pues el órgano jurisdiccional remitente no ha preguntado por las posibilidades de examen de oficio.

57. Por lo tanto, a efectos del litigio principal lo único decisivo es que el principio de efectividad exige, en todo caso, que el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo debe disponer de la posibilidad de suspender (de forma provisional) el procedimiento ejecutivo, con objeto de detener la ejecución forzosa, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree una situación perjudicial para el consumidor que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación.

3. Conclusión parcial

58. En consecuencia, procede responder a la **primera cuestión prejudicial que un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13 cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.**

B. Segunda cuestión prejudicial

59. El tenor de la segunda cuestión prejudicial se refiere al concepto de «desproporción», haciendo con ello alusión a la terminología empleada en el número 1, letra e), del anexo a la Directiva 93/13. Ahora bien, ha de entenderse la resolución de remisión en el sentido de que mediante la segunda cuestión prejudicial se interesa una interpretación del concepto más general, utilizado en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, de «desequilibrio» entre los derechos y obligaciones contractuales, que sólo en el caso concreto de las indemnizaciones a que se refiere el número 1, letra e), del anexo a la Directiva es sustituido por el término «desproporción».

60. Por consiguiente, con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea obtener en esencia una interpretación más detallada del concepto de desequilibrio en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Según dicha disposición, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

61. El órgano jurisdiccional remitente menciona en este sentido tres cláusulas concretas, que son parte integrante del contrato controvertido en el litigio principal. Dichas cláusulas, según lo señalado por ese tribunal, fueron impuestas unilateralmente al consumidor, por lo que están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

1. Admisibilidad

62. Sin embargo, según lo manifestado por la caja de ahorros y el Gobierno español, hasta el momento únicamente ha sido objeto del litigio principal una de las cláusulas citadas por el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, la respuesta en relación con las otras cláusulas no es irrelevante para la resolución del litigio principal, pues no cabe excluir que una visión de conjunto de las condiciones individuales del contrato y de su valoración jurídica tenga también repercusiones en la interpretación de la cláusula controvertida en el litigio principal.

63. Además, ya se ha señalado al examinar la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial que el objeto del litigio principal, de acuerdo con lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, incluye la posible ineficacia del procedimiento ejecutivo. Cabe

observar que también la apreciación jurídica de las cláusulas mencionadas en la segunda cuestión, las cuales han de ser examinadas igualmente por el órgano jurisdiccional remitente de oficio, puede tener consecuencias respecto a la eficacia del procedimiento ejecutivo. La segunda cuestión prejudicial, por ello, es admisible en su conjunto.

2. Apreciación

a) De carácter general

64. El Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente que el artículo 3 de la Directiva 93/13, con la remisión a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, delimita sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula. (16)

65. Es preciso efectuar una calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso en cuanto a su eventual carácter abusivo. (17) Esta apreciación ha de realizarse, según lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependan.

66. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde al juez nacional determinar si una cláusula contractual cumple los requisitos para poder ser calificada de abusiva en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Sólo el órgano jurisdiccional nacional puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula de que se trata puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, lo cual lleva consigo un examen del ordenamiento jurídico nacional. (18)

67. La apreciación definitiva del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas incumbe al juez nacional y no al Tribunal de Justicia. (19) Al Tribunal de Justicia le corresponde la interpretación de los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva. (20)

b) Cláusula de vencimiento anticipado

68. La primera cláusula de que trata la segunda cuestión prejudicial se refiere a la posibilidad de vencimiento anticipado de los contratos de larga duración debido a un incumplimiento en un período de tiempo limitado.

69. En el caso de autos, la cláusula sexta del contrato de préstamo regula que la caja de ahorros, en caso de que el deudor incurra en mora por tan sólo una de las 396 cuotas debidas en el período de 33 años de duración del contrato, puede reclamar, sin más trámites, la devolución total del préstamo pendiente de pago.

70. La Comisión considera que esta cláusula contractual es evidentemente válida, pues la falta de pago de una sola cuota infringe los deberes contractuales esenciales del prestatario y no cabe exigir al prestamista que siga cumpliendo el contrato.

71. No puede evaluarse si una cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor sin examinar cómo regula el Derecho nacional el caso en que las partes no hayan establecido ninguna estipulación. Sólo en caso de que el consumidor, debido a la cláusula contractual, quede en peor situación que con la aplicación de las normas legales,

podrá provocar la cláusula una alteración abusiva de los derechos y deberes contractuales en su detrimento.

72. Y aun cuando una cláusula contractual deje al consumidor en peor situación que la regulación legal, ello no implica necesariamente una alteración del equilibrio contractual que deba calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13.

73. Antes bien, el artículo 3 de la Directiva 93/13 establece expresamente que una cláusula sólo se considerará abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. De este modo se garantiza el principio de libertad contractual y se reconoce que las partes tienen con frecuencia un interés legítimo en configurar sus relaciones contractuales apartándose de la situación regulada legalmente.

74. Sólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato, como indica el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante (e injustificado) ⁽²¹⁾ desequilibrio en detrimento del consumidor. En particular, habrá de considerarse que un desequilibrio importante es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato.

75. En este contexto, ha de analizarse, entre otras cosas, si las cláusulas contractuales en cuestión son usuales, es decir, si se utilizan habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario son inusuales, así como si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

76. Por lo tanto, en el litigio principal es ante todo relevante la configuración de las normas legales sobre la resolución del contrato de préstamo, en particular, los presupuestos con arreglo a los cuales el prestamista está legitimado para, en caso de mora del deudor por falta de pago de una sola cuota, resolver y dar por vencido todo el préstamo. Acto seguido, la cláusula controvertida debe valorarse de acuerdo con este criterio.

77. A este respecto ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la obligación de pago de las cuotas es la obligación contractual esencial del prestatario. Por otra parte, al responder a la pregunta de si basta con el impago de tan sólo una cuota para que no quepa esperar razonablemente que la caja de ahorros siga cumpliendo el contrato, debe tenerse en cuenta que con la hipoteca se concedió una garantía a la caja de ahorros y que la mora de una sola cuota puede deberse a un mero error y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario. Además, el importe del préstamo garantizado, su duración y su importancia vital para el prestatario han de ponerse en relación con el interés de la prestamista en poder liberarse del contrato tras el impago de una sola cuota del préstamo.

78. El órgano jurisdiccional remitente también tiene que considerar, por último, qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional, incluido el Derecho procesal nacional, para poner remedio a los efectos de un vencimiento total. A este respecto es de particular interés la posibilidad que brinda al prestatario el artículo 693, apartado 3, de la LEC de evitar los efectos de la resolución o vencimiento total mediante el pago de las cuotas vencidas. Ello debe tenerse en cuenta en la necesaria apreciación global de si

mediante la cláusula controvertida se perjudica al consumidor en una medida desproporcionada, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79. Las consideraciones precedentes muestran que, contrariamente a lo que opina la Comisión, que estima válida la cláusula controvertida considerándola en abstracto, desvinculada de los concretos ordenamientos jurídicos y circunstancias, sólo el juez nacional está en condiciones de abordar el necesario examen de su carácter abusivo conforme al criterio establecido en el artículo 3 de la Directiva 93/13.

80. Por lo tanto, como segunda conclusión parcial, debe señalarse que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

c) Cláusula sobre los intereses de demora

81. Por otro lado, es objeto de la segunda cuestión prejudicial una cláusula sobre los intereses de demora. En el caso de autos, la cláusula sexta del contrato controvertido en el litigio principal establece que por el hecho de incurrir en mora, el prestatario, sin necesidad de intimación, deberá abonar intereses de demora al tipo anual del 18,75 %. El tipo de interés ordinario pactado inicialmente en el préstamo, en cambio, era de un 4,87 %.

82. En lo que respecta al enfoque general de la apreciación jurídica relativa a si una estipulación sobre los intereses de demora como la considerada constituye una cláusula contractual ineficaz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cabe remitirse ante todo a las consideraciones generales expuestas anteriormente. (22)

83. El juez nacional debe efectuar primeramente una comparación con el tipo de interés legal, con objeto de comprobar en un segundo paso, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (23)

84. En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la lista que contiene el anexo a la Directiva sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo. Por consiguiente, la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo; no obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula. (24)

85. Para efectuar el examen concreto puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios. Si, como afirma la Comisión, el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que los costes de refinanciación de las

entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son por regla general mucho menores que en los demás créditos al consumo.

86. En esta ponderación también hay que tener en cuenta qué finalidades puede tener lícitamente el interés de demora con arreglo al Derecho nacional: si únicamente supone la fijación de un importe a tanto alzado que compense los perjuicios causados por la mora, o si también debe servir para que la otra parte cumpla lo pactado. Las finalidades lícitamente perseguidas mediante el interés de demora pueden ser distintas en cada Estado miembro. En este sentido, la Directiva no pretende nivelar las diferencias entre las culturas jurídicas nacionales.

87. Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

88. Por lo tanto, como conclusión parcial, debe señalarse que, en el caso de una cláusula sobre los intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.

d) Cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda

89. Finalmente, en la segunda cuestión prejudicial se solicita una exégesis del concepto de desproporción a la vista de lo estipulado en la cláusula decimoquinta de las condiciones contractuales controvertidas en el litigio principal. Dicha cláusula establece que, para llevar a cabo la ejecución forzosa, el prestamista puede determinar unilateralmente el importe del préstamo pendiente y, por lo tanto, fijar de modo autónomo un requisito esencial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria simplificado. Para explicar el marco jurídico en que se encuadra dicha cláusula, el órgano jurisdiccional remitente indica que el deudor no puede oponerse a esa cuantificación en el procedimiento ejecutivo, sino que debe acudir para ello a un procedimiento declarativo separado. Sin embargo, el procedimiento declarativo no impide que prosiga el procedimiento ejecutivo, por lo que el deudor habrá perdido el bien gravado con la hipoteca para cuando recaiga la resolución en el procedimiento declarativo.

90. También a este respecto incumbe al juez nacional tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al adoptar su resolución. Para ello, sin embargo, rigen los siguientes criterios.

91. El punto de partida debe ser, nuevamente, cuál sería la situación jurídica –en este caso, el procedimiento ejecutivo– si el contrato no contuviera la cláusula controvertida.

92. Entiendo en este punto las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente y las alegaciones de las partes en el sentido de que, sin una cláusula al respecto, la caja de ahorros prestamista debería, en primer lugar, iniciar un litigio para determinar la cantidad pendiente que reclama, con objeto de probar cuál es el importe cierto exigido en el procedimiento ejecutivo. Mediante la determinación unilateral del importe de la deuda por parte del acreedor ya no es necesario ese procedimiento declarativo previo. Como consecuencia, el deudor del préstamo no puede, antes de la ejecución, impugnar la cuantía exigida por vía ejecutiva. El órgano jurisdiccional remitente aclara, en consonancia

por lo demás con las posiciones de las partes, que el importe fijado unilateralmente no produce efecto vinculante entre las partes, pues puede ser discutido por el deudor en un procedimiento declarativo posterior, y que el deudor, en este sentido, no sufre desventaja alguna desde el punto de vista de la carga de la prueba.

93. Al reducir la tutela jurídica que existía con anterioridad a la fase de ejecución, la cláusula produce una alteración de los derechos y obligaciones contractuales en detrimento del consumidor. Sin embargo, ello no significa automáticamente que dicha cláusula produzca en detrimento del consumidor, pese a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato. Esto debe apreciarse definitivamente mediante una ponderación conjunta de las ventajas y desventajas resultantes de lo pactado en la cláusula para ambas partes contractuales.

94. Para la caja de ahorros prestamista, la cláusula en cuestión tiene la consecuencia de que puede realizar más fácil y rápidamente la garantía hipotecaria. Esto incrementa – también en favor de los intereses económicos del deudor– el valor de la garantía por él constituida. Paralelamente, el deudor o consumidor se ve expuesto al riesgo de perder la garantía antes de que se haya fijado definitivamente la cuantía que puede percibir la caja de ahorros prestamista sobre la garantía.

95. El juez nacional debe adoptar su resolución final ponderando las demás circunstancias del asunto. Entre ellas está la cuestión de si, a pesar de todo, tal vez existan motivos de oposición del deudor en el mismo procedimiento ejecutivo. En este sentido apunta el tenor del artículo 695, apartado 1, de la LEC. Asimismo, es relevante cómo está configurado el procedimiento de determinación unilateral del importe de la deuda, qué competencias de comprobación tiene en este sentido el notario interviniente y cómo se debe valorar el hecho de que, como ha manifestado el Gobierno español, sólo las entidades de crédito sometidas al control bancario del Estado están legitimadas para utilizar la cláusula controvertida.

96. Como conclusión parcial ha de señalarse que, en el caso de una cláusula para la determinación unilateral del importe de la deuda, deben tenerse en cuenta, particularmente, las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional.

V. Conclusión

97. Por cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva de la siguiente manera:

- 1) **Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.**
- 2) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores.
 - a) En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la

normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejerce la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

- b) En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.
- c) En el caso de una cláusula para la determinación unilateral del importe de la deuda, deben tenerse en cuenta, particularmente, las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional.

Entendiendo que la resolución del TJUE sea finalmente acorde con las conclusiones del Abogado General, y que, por ende el procedimiento de ejecución hipotecario sea disconforme con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, estaremos igualmente obligados a instar un procedimiento ordinario que declare la nulidad de dichas cláusulas abusivas.

6) VIABILIDAD DE LA ACCIÓN. CONSULTA PREVIA.

Entramos en la fase final del informe, esto es, la consulta sobre la viabilidad de la acción que se pretende plantear y la posibilidad de suspender la aplicación de la Ley 10/2012 de Tasas Judiciales en todo el ámbito estatal español y en todas las jurisdicciones.

Para instar este procedimiento ordinario en el que se esgrimirá la declaración como abusiva de la cláusula Euribor, la persona física tendrá que pagar una tasa judicial de 480 euros. Probablemente no disponga de dicho importe, toda vez que se encuentra en una situación económica deplorable, con numerosas cargas económicas familiares, y sin embargo, no entra en los supuestos de aplicación de la justicia gratuita, por lo que, o bien abona la tasa y ejerce su derecho, o bien no podrá instar la acción. Por tanto se le está mermando de su derecho a la tutela judicial efectiva, que le daría la opción de declarar abusiva una cláusula de conformidad con la Directiva 93/13/CEE y refrendado por el TJUE.

La tutela judicial efectiva viene reconocida por el art. 6 TUE que incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto su art. 47 que habla de la tutela judicial efectiva.

La cuestión prejudicial versaría sobre este extremo, la incompatibilidad de la Ley 10/2012 con el art. 6 TUE ya que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y que, a su vez, impide la aplicación de la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia concordante respecto a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios.

Ante esta pregunta solicitamos el análisis de la cuestión y una respuesta sobre su viabilidad y la posibilidad de suspender la aplicación en todo el territorio español en todos los procedimientos de los diversos órdenes jurisdiccionales de la Ley 10/2012 sobre Tasas Judiciales, en tanto que no se resuelva la cuestión prejudicial que se intenta plantear.

Muchas gracias de antemano por su colaboración.

Barcelona a 6 de diciembre de 2012

Comisión Jurídica 15M Barcelona

Letrada Esther Lorente Fernández
Colegiada ICAB 27758