

# LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO CAUSADA POR EL DEBATE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11

*M. Sc. Yuri López Casal (Heidelberg)*

## 1. Introducción

El pasado 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un importante veredicto relacionado con la influencia que tiene la discusión de presuntas cláusulas abusivas plasmadas en los contratos de préstamo hipotecario en los procesos ejecutivos hipotecarios planteados por bancos y otras entidades financieras españoles contra los deudores de tales préstamos. De acuerdo con esa sentencia, la normativa española vigente, la cual impide que el Juez que conoce de un proceso declarativo, ante el cual el consumidor hubiese presentado una demanda en la cual hubiese alegado el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, es contraria al Derecho de la Unión Europea, pues lesiona la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas

abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En este trabajo se expondrán los aspectos más importantes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 y se indicará cuáles consecuencias podría tener en el Derecho Procesal Civil costarricense.

## 2. El caso que dio origen a la sentencia

Se trató de una demanda ordinaria interpuesta por el señor llamado Mohamed Aziz el día once de enero de 2011 contra la entidad financiera española, llamada CatalunyaCaixa, planteada ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en la cual el actor solicitó que se anulara, por considerarla abusiva, una determinada cláusula del contrato de préstamo hipotecario que había celebrado con esa entidad financiera y que, como consecuencia de ello, se anulara completamente el proceso de ejecución hipotecaria que su acreedora hipotecaria, sea la entidad financiera antes

mencionada, había incoado contra él por impago de la hipoteca, proceso que había culminado con el remate del inmueble dado en garantía hipotecaria (que era destinado por el señor Aziz para la vivienda de él y de su familia), la adjudicación a la entidad financiera y su posterior puesta en posesión, la cual provocó el desalojo del señor Aziz y su núcleo familiar.

Otros detalles fácticos relevantes sobre el caso que dio origen a la sentencia que se analiza en este ensayo son los siguientes:

"El capital prestado por Catalunyaacaixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. De los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de préstamo suscrito con Catalunyaacaixa establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación. Además, la cláusula 6 bis de dicho contrato confería a Catalunyaacaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida. El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007

hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyaacaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyaacaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas. El Sr. Aziz no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al Sr. Aziz un requerimiento de pago, que éste no atendió y al que no formuló oposición. En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda. No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15

del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo

de la Directiva. En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear 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 previsto 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) 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) 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".

### **3. La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la primera cuestión prejudicial formulada por el Juzgado consultante**

Como se indicó en el acápite anterior, la primera cuestión prejudicial que planteó el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona consistió en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinara si la normativa procesal española eventualmente sería contraria al Derecho de la Unión Europea por el hecho de que, además de no preveer, en el marco del procedimiento de la ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un agente económico, tampoco permite que el Juez que conoce del proceso declarativo, el cual es competente para apreciar y juzgar el carácter abusivo de la cláusula contractual, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Con respecto a esta primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió de la siguiente manera:

"En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 48). En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49). En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible –cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado– o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al

artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada. A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya

sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54). Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77). En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el

mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55). En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual

que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final".

#### 4. Consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Derecho Procesal Civil costarricense

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 brinda una oportunidad de oro para revisar, crítica y reposadamente, el sistema procesal civil costarricense en temas tales como la influencia que puede tener el debate que se sustancia en el proceso ordinario en el proceso ejecutivo hipotecario, en el cual, como sucedió en el caso juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ejecuta una hipoteca que pudiese tener cláusulas abusivas perjudiciales para el consumidor y la adopción de medidas cautelares atípicas, por parte del Juez que conoce del proceso ordinario, con pleno efecto vinculante para los sujetos procesales (las partes del proceso y el Juez) del proceso ejecutivo hipotecario.

Lo anterior se debe a que la jurisprudencia costarricense, de manera reiterada, ha sentado el criterio de que la interposición de un proceso ordinario no tiene la virtud de suspender la ejecución hipotecaria, porque son procesos autónomos e independientes y porque no hay prejudicialidad. Ejemplo de este criterio fuertemente arraigado en la praxis judicial costarricense y que hoy en día está previsto, también, por el numeral

11 de la Ley de Cobro Judicial, es el **Voto número 961-L de las 7:50 horas del 20 de setiembre de 2006**, en el cual se indicó lo siguiente: *"Desde vieja fecha este Tribunal ha reiterado que una demanda declarativa no tiene la virtud de suspender otro proceso, ni se trata de una hipótesis de prejudiciales. Al respecto y, como valiosos antecedentes, se pueden consultar los votos números 1906-E de las 8 horas 45 minutos del 16 de diciembre de 1992 y 377 de las 8 horas 10 minutos del 15 de marzo de 1994. La tesis jurisprudencial se fundamenta en razones jurídicas y doctrinarias. Respecto a la legalidad, el proceso ordinario no es motivo de suspensión según las causales previstas en el artículo 202 del Código Procesal Civil. Por el contrario, como regla de principio, la prejudicialidad procede por causa penal. Incluso, tratándose de una ejecución hipotecaria, solo se suspende por falsedad de la escritura hipotecaria. Todo ello se echa de menos en autos. Por otro lado, prevalece la autonomía de los procesos. Permitir que la presentación de un ordinario suspenda un sumario o de ejecución, dejaría sin efecto la clasificación de los procesos y la cosa juzgada formal. No se pretende cuestionar el derecho de promover la demanda declarativa, pero esa vía no constituye un medio para impugnar y suspender resoluciones dictadas en otros procesos. Sin más consideraciones por innecesario, se confirman los dos autos apelados"*. Del mismo modo, el Tribunal Primero Civil, en su **voto número 726-N de las 8:10 horas del 26 de julio de 2006**, resolvió: *"AUTO DE LAS 16:00 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2006 (folio 351) En este pronunciamiento se rechaza la solicitud de suspensión, promovida por la sociedad demandada. Como bien lo dice el a-quo, la existencia de un proceso ordinario no es razón para suspender la ejecución hipotecaria.*

*Se trata de dos procesos autónomos e independientes, sin que exista prejudicialidad en este caso. Ese instituto únicamente procede cuando se alega la falsedad de la hipoteca en sede penal, en cuya situación lo que se suspende es la aprobación del remate. Doctrina del artículo 654 del Código Procesal Civil. Por lo expuesto, no hay vicios que hayan causado indefensión o se viole el curso normal del procedimiento. Conforme a los numerales 194 y 197 del citado cuerpo legal, se deniega la nulidad concomitante. Se confirma la resolución impugnada"*.

La tendencia jurisprudencial que reflejan los votos mencionados anteriormente se vuelve todavía más gravosa y lesiva para el deudor hipotecario que acude a la vía declarativa y solicita en ésta última medidas cautelares atípicas, tales como la anotación del proceso ordinario en el proceso hipotecario o bien la suspensión de la ejecución hipotecaria hasta tanto no recaiga sentencia firme dentro del proceso ordinario, porque los tribunales costarricenses han interpretado que la resolución que rechaza la tutela cautelar atípica no tiene recurso de apelación. Así se desprende, por ejemplo, del **voto número 113 de las 14:55 horas del 30 de abril de 2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda**, en el cual se dispuso lo siguiente: *"I. En la resolución apelada, el Juzgado indicó: "Se rechaza la solicitud del de -sic- la actora, toda vez que en este proceso no se a -sic- declarado algún derecho a favor de la misma, por lo que debe de acudir a la vía legal correspondiente". Se debe entender, pese a la falta de precisión de lo indicado, que se está rechazando la solicitud de medida cautelar atípica solicitada en la demanda (folio 164), consistente en anotar la existencia de este proceso en otro, de naturaleza ejecutiva hipotecaria, así como ordenar a ese Juzgado no ejecutar una sentencia supuestamente dictada ahí. Así lo entendió la parte actora*

al presentar los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, combatiendo la denegatoria de la citada medida. II. En el proceso civil rige el principio de taxatividad de los autos apelables, es decir, cabe el citado recurso únicamente contra los autos expresamente indicados por el legislador. El artículo 560 del Código Procesal Civil establece la lista de autos apelables en procesos ordinarios, dentro de los cuales no se encuentra aquél que deniegue la solicitud de medidas cautelares atípicas. Tampoco existe otra disposición en la normativa procesal civil que conceda tal recurso para este tipo de auto. Por ende, ha de declararse mal admitida la apelación. **POR TANTO:** Se declara mal admitida la apelación". Por su parte, en el **voto número 223 de las 9:50 horas del 25 de junio de 2009 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda**, se indicó lo siguiente: "I. El representante de la parte actora, en escrito presentado el 3 de marzo de este año (folio 282), solicitó lo siguiente: "Teniendo conocimiento de que el codemandado H. P., está realizando trabajos sobre el inmueble objeto de este proceso, trabajos que él mismo confiesa en sus escritos, de conformidad con lo estipulado en el numeral 242 del Código Procesal Civil, solicito se le ordene la paralización de los trabajos al ser evidente que puede causarle al derecho de la actora una lesión grave de difícil reparación.". En la resolución que ahora es objeto de apelación, en cuanto a lo que aquí interesa, se dispuso conceder esta medida cautelar atípica. II. El artículo 560 del Código Procesal Civil concede el recurso de apelación contra el auto que deniegue la cancelación de una medida cautelar. El 429 del mismo cuerpo legal lo admite contra la resolución que le ponga fin a cualquier clase de medida cautelar. Por ello, en los procesos de conocimiento pleno de nuestro Código Procesal Civil no se concede este recurso contra la resolución que conceda una medida cautelar, ni tampoco contra el que la deniegue. Tampoco en el título concerniente

a medidas cautelares del citado Código se concede recurso de apelación en casos como el presente, pues únicamente se le concede a la resolución que niegue la práctica de una prueba anticipada (artículo 253), a la final que se pronuncie sobre el beneficio de pobreza (artículo 257), al decreto de arraigo (artículo 271) y al auto que decreta el embargo preventivo (artículo 281). En el numeral 242 del citado Código, que regula las medidas cautelares atípicas, que es la hipótesis que aquí interesa, no se concede tal remedio jurídico. Por ende, el auto apelado carece de alzada, debiéndose declarar mal admitida la apelación. **POR TANTO:** Se declara mal admitida la apelación". **(en igual sentido pueden consultarse los siguientes votos: Tribunal Primero Civil. Voto número 277-L de las 7:35 horas del 26 de marzo de 2008; Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto número 109 de las 10:25 horas del 29 de abril de 2005 y Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto número 292 de las 15:30 horas del 24 de octubre de 2007).**

## 5. Consideraciones finales

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, ha sido claro, contundente y valiente en dictaminar que la normativa procesal española, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el cual el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, lo

cual lesiona y violenta el Derecho de la Unión Europea.

Por otra parte, se concluye que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la indemnización por daños y perjuicios que prevé la normativa española para el consumidor que, con posterioridad al remate de su inmueble, hubiese demostrado el carácter abusivo de cláusulas contractuales de la hipoteca cobrada en otra vía y hubiese obtenido la consecuente nulidad de todo lo actuado y resuelto en el proceso ejecutivo hipotecario, es incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de esas cláusulas y que así ocurre, con mucho mayor razón, cuando el bien hipotecado es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia.

El Ordenamiento procesal costarricense se asemeja mucho al sistema procesal español en los puntos concretos que conformaron la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Debido a ello, es necesario tomar en cuenta la sentencia recientemente dictada por ese alto tribunal europeo con el fin de que, vía legal y jurisprudencial, los tribunales costarricenses tengan una mayor apertura a la hora de analizar y decidir temas tales como la influencia que puede tener el debate que se sustancia en el proceso ordinario en el proceso ejecutivo hipotecario, en el cual, como sucedió en el caso juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ejecuta una hipoteca que podría tener cláusulas abusivas perjudiciales para el consumidor, así como el tema de la adopción de medidas cautelares atípicas, por parte del Juez que conoce del proceso ordinario, con pleno efecto vinculante para los sujetos procesales (las partes del proceso y el Juez)

del proceso ejecutivo hipotecario. Asimismo, se impone modificar, radicalmente, la tesis mayoritaria imperante en nuestro país sobre la supuesta imposibilidad legal de concederle recurso de apelación a las resoluciones judiciales que acuerden o rechacen medidas cautelares atípicas.

Finalmente, se considera que el veredicto emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría abrir la discusión, en Costa Rica, sobre la posibilidad de que la jurisprudencia reiterada de los Tribunales Superiores Civiles, que preconiza que no es posible acoger, dentro de procesos ordinarios, medidas cautelares atípicas tendentes a suspender la ejecución hipotecaria, bajo el argumento de que son procesos autónomos e independientes y que no hay prejudicialidad, pudiera ser, eventualmente, inconstitucional, por cuanto podría estar en contradicción con el numeral 46 párrafo final de la Constitución Política, el cual dispone que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos. Nótese cómo en casos semejantes a los que resolvió del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está en juego el patrimonio del consumidor, la vivienda en la cual él y su núcleo familiar habitan, la cual podrían llegar a perder, de manera irreversible, si el sistema procesal costarricense y la jurisprudencia que lo interpreta e integra le niegan al consumidor afectado por posible cláusulas abusivas la posibilidad de que, mediante la tutela cautelar atípica acordada en proceso declarativo, logre suspender la ejecución hipotecaria del inmueble en el cual viven el consumidor afectado y su núcleo familiar, hasta tanto se defina, mediante sentencia firme en el proceso declarativo de nulidad de cláusulas abusivas contenidas en la hipoteca puesta al cobro judicial, si efectivamente presentaban esa patología negocial o no.