



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 3 de julio de 2017
sj.a(2017)3798316/JRR/AdC/■

*Documentos relativos a un
procedimiento judicial*

**AL SEÑOR PRESIDENTE Y A LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

OBSERVACIONES ESCRITAS

presentadas, en conformidad con el artículo 23, párrafo segundo, del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la

COMISIÓN EUROPEA

representada por Aude de CRAYENCOUR y Joan RIUS RIU, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de agentes, quienes eligen como domicilio el del Servicio Jurídico, *Greffe Contentieux*, BERL 1/169, 200, rue de la Loi, 1049 Bruselas, y consienten en que las notificaciones de todos los escritos procesales del asunto se les envíen por e-Curia,

en el asunto C-109/17

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cartagena (España), con arreglo al artículo 267 TFUE, destinada a obtener, en el marco del litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Bankia, S.A.,

y

**D. Juan Carlos Marí Merino, D. Juan Pérez Gavilán y Dña. María Concepción
Marí Merino**

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior¹ (en adelante, «la Directiva 2005/29»).

¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

ÍNDICE

| | | |
|------|---|----|
| 1. | MARCO JURÍDICO | 3 |
| 1.1. | Disposiciones de la Directiva 2005/29 | 3 |
| 1.2. | Disposiciones de Derecho español | 4 |
| 2. | HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES | 6 |
| 3. | APRECIACIÓN JURÍDICA | 9 |
| 3.1. | Sobre la primera cuestión prejudicial | 9 |
| 3.2. | Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera..... | 14 |
| 4. | CONCLUSIÓN | 17 |

La Comisión Europea (en adelante, "la Comisión") tiene el honor de formular las siguientes observaciones:

1. MARCO JURÍDICO

1.1. Disposiciones de la Directiva 2005/29

1. El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2005/29 establece que las prácticas comerciales desleales deben ser prohibidas.
2. Los apartados 1 y 2 del artículo 11 de la Directiva 2005/29 disponen lo siguiente:

"1. Los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores.

Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan:

- a) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales, y/o*
- b) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes.*

Corresponderá a cada Estado miembro decidir cuál de esos procedimientos se adoptará y si conviene que el tribunal o el órgano administrativo esté facultado para exigir el recurso previo a otras vías establecidas para la solución de reclamaciones, incluidas las mencionadas en el artículo 10. Estos procedimientos estarán disponibles con independencia de que los consumidores afectados se hallen en el territorio del Estado miembro en que se encuentre el comerciante o en otro Estado miembro.

Corresponderá a cada Estado miembro decidir:

- a) si estos procedimientos legales podrán utilizarse, por separado o conjuntamente, contra varios comerciantes de un mismo sector económico, y*
- b) si podrán utilizarse contra el responsable de un código en caso de que el código en cuestión fomente el incumplimiento de requisitos legales.*

2. En el marco de las disposiciones legales a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros conferirán a los tribunales o a los órganos administrativos unas competencias que les faculten para tomar las medidas que se indican a continuación si estiman que dichas medidas son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general:

a) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas, o

b) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica, cuando ésta no haya sido todavía utilizada pero sea inminente su utilización,

incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del comerciante.

Los Estados miembros preverán además que las medidas a que se refiere el párrafo primero se adopten en el marco de un procedimiento acelerado:

— bien con efecto provisional,

— bien con efecto definitivo,

quedando entendido que corresponde a cada Estado miembro determinar cuál de estas dos opciones será la que se adopte.

Además, los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten:

a) para exigir la publicación total o parcial de dicha decisión en la forma que juzguen adecuada;

b) para exigir, además, la publicación de un comunicado rectificativo."

3. El artículo 13 de la Directiva 2005/29 dispone lo siguiente:

"Los Estados miembros establecerán sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas. Las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias."

1.2. Disposiciones de Derecho español

4. El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cartagena (en adelante, "el juez remitente") cita en su auto de remisión² varias disposiciones de la Ley de Competencia Desleal³. No obstante, la Comisión considera que es necesario mencionar, en primer lugar, el artículo 1 de dicha Ley —en su redacción resultante de la reforma operada por la

² Véanse, en este sentido, los puntos 29 a 35 del auto de remisión.

³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁴—, el cual establece lo siguiente (énfasis añadido):

"Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad."

5. En segundo lugar, es necesario mencionar el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal, el cual establece las acciones que pueden ejercitarse contra los actos de competencia desleal:

"1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1ª Acción declarativa de deslealtad.

2ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico."

6. En aras de la brevedad, la Comisión se remite al auto de remisión⁵ en lo relativo tanto a las disposiciones que regulan los aspectos del procedimiento de ejecución

⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, páginas 112039 a 112060. Tal y como establece su Preámbulo, la Ley 29/2009 incorpora al derecho español, entre otros, los cambios operados por la Directiva 2005/29/CE.

hipotecaria pertinentes para este asunto, contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶ (en lo sucesivo, la “LEC”), como a las disposiciones aplicables al Código de Buenas Prácticas Bancarias al que se refiere el juez remitente⁷.

2. HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES

7. La petición de decisión prejudicial planteada por el juez remitente surge en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por Bankia, S.A., como entidad ejecutante, frente a D. Juan Carlos Marí Merino, Dña. María Concepción Marí Merino y D. Juan Pérez Gavilán, como ejecutados.
8. En fecha 30 de enero de 2006, la entidad ejecutante y los ejecutados concluyeron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un capital de 166.000 euros a devolver en un plazo de 25 años. La tasación de la finca hipotecada se estableció en 195.900 euros, valor que sirve como tipo de subasta, es decir, cantidad inicial en el supuesto de que el bien hipotecado deba ser subastado conforme al Derecho nacional aplicable.
9. En fecha 29 de enero de 2009 se novó el préstamo inicial, ampliando el capital prestado y el plazo para la devolución del mismo, que pasa a ser de 34 años y 4 meses.
10. Finalmente, el 18 de octubre de 2013 se realiza otra novación mediante la cual se modifica el valor de tasación de la finca —que pasa a ser de 57.689,90 euros y sirve de tipo de subasta en sustitución del valor anterior—, se autoriza la venta extrajudicial de la finca, se hace constar que el bien hipotecado es la vivienda habitual de los ejecutados, y se fija en 40 años el plazo para devolver el préstamo.

⁵ Véanse, en este sentido, los puntos 21 a 28 del auto de remisión.

⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, de 8 de enero del 2000.

11. Tras la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria a instancia de Bankia, S.A., D. Juan Carlos Marí Merino y Dña. María Concepción Marí Merino presentaron su oposición a la ejecución el día 8 de marzo de 2016. Como motivos de oposición a la ejecución se señala, por una parte, que la ampliación del plazo de devolución del préstamo operado en la última novación es una actuación engañosa del comerciante y contraria a la diligencia profesional por ser un mero cebo para inducir al prestatario a aceptar dicha novación, la cual empeora su situación de forma clara puesto que disminuye sensiblemente el valor de tasación de la vivienda.
12. Por otra parte, los ejecutados aducen que se dan las condiciones que les permiten librarse de la deuda por dación en pago de la vivienda, sin perjuicio de permanecer en ella como arrendatarios, en aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias. En consecuencia, los ejecutados solicitan el sobreseimiento de la ejecución, con imposición de costas al ejecutante.
13. Mediante providencia de 25 de noviembre de 2016, el juez remitente planteó las siguientes cuestiones a las partes del litigio principal: (i) la posible existencia de una práctica comercial desleal de la entidad ejecutante en la última novación realizada al reducir de modo muy significativo el valor de tasación de la finca gravada con la hipoteca; (ii) si cabe el control de las prácticas comerciales desleales en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria; (iii) las consecuencias de la declaración de práctica desleal de dicha novación; (iv) el carácter vinculante del convenio de buenas prácticas bancarias, y si el mismo se puede calificar como un código de conducta según la Directiva 2005/29; y (v) la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar si la regulación de la oposición a la ejecución hipotecaria pudiera ser contraria a la Directiva 2005/29 al no garantizar ni el control de oficio ni tampoco a instancia de parte de las prácticas comerciales desleales.
14. La parte ejecutada respondió a las cuestiones planteadas por el juez remitente alegando "*[...] que la finca ejecutada es vivienda habitual de los deudores; que la modificación del valor de tasación de la finca realizada al reestructurar la deuda*

⁷ Véanse, en este sentido, los puntos 39 a 45 del auto de remisión

*[...] supuso un perjuicio grave a los derechos del deudor y correlativo refuerzo de la posición dominante del ejecutante; que la actuación del comerciante al modificar el valor de tasación de la finca aprovechando la reestructuración de la deuda es contraria a la diligencia profesional y engañosa. Considera que la modificación del valor de tasación debe tenerse por no puesta; así como deberá admitirse la dación en pago y con ella la cancelación completa de la deuda. Igualmente, afirma que es vinculante el código de Buenas Prácticas Bancarias y que es asimilable la regulación de las cláusulas abusivas a las prácticas desleales"*⁸.

15. La parte ejecutante, por su parte, respondió a las cuestiones planteadas por el juez remitente alegando "*[...] que su comportamiento no es desleal sino que únicamente trata de ajustar el valor de la finca al cambio producido en [el] mercado inmobiliario español; así como que a su derecho de cobro le perjudica más esa devaluación de la finca que al consumidor"*⁹. También alega que "*[...] el Código de Buenas Prácticas carece de carácter vinculante, así como que no cabe alegar como causa de oposición a la ejecución hipotecaria la posible vulneración de la normativa sobre buenas prácticas bancarias, debiendo desestimarse la oposición a la ejecución. A su juicio el consumidor debe acudir al correspondiente proceso declarativo ordinario. También manifiesta que el deudor no ha alegado ni acreditado haber solicitado la aplicación del RD 6/2012 a la entidad ejecutante, ni que concurran los presupuestos fácticos de dicho Código"*¹⁰.
16. A la luz de estas consideraciones, el juez remitente decidió, mediante auto de 20 de febrero de 2017, suspender la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Si la Directiva 2005/29/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a su artículo 11, por dificultar o impedir el control judicial de los contratos y los actos en los que puedan existir prácticas comerciales desleales, una normativa nacional como la vigente regulación de la ejecución hipotecaria española —artículos 695 y ss., en relación con el 552.1, todos de la LEC— en la que no

⁸ Véase el punto 7 del auto de remisión.

⁹ *Ibíd.*, punto 8.

¹⁰ *Ibíd.*, punto 10.

está previsto el control, ni de oficio ni a instancia de parte, de las prácticas comerciales desleales [...].

2) Si la Directiva 2005/29/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a su artículo 11 una normativa nacional como el ordenamiento español que no garantiza el efectivo cumplimiento del código de conducta si el ejecutante decide no aplicarlo, artículos 5 y 6 en relación con el artículo 15, todos del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.

3) Si el artículo 11 de la Directiva 2005/29/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa nacional española que no permite al consumidor, durante un proceso de ejecución hipotecaria, instar el cumplimiento de un código de conducta, concretamente, en cuanto a la dación en pago y extinción de la deuda —apartado 3 del Anexo del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, Código de Buenas Prácticas.”

3. APRECIACIÓN JURÍDICA

3.1. Sobre la primera cuestión prejudicial

17. Mediante su primera cuestión prejudicial, el juez remitente desea saber, en esencia, si el artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la regulación de la ejecución hipotecaria española que no prevé el control, ni de oficio ni a instancia de parte, de las prácticas comerciales desleales. En efecto, el juez remitente considera que dicho artículo podría considerarse conculcado ante la dificultad o la imposibilidad de controlar judicialmente los contratos y actos en los que pudieran existir prácticas comerciales desleales.
18. El apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 2005/29 dispone que los Estados miembros deben velar por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales. La Directiva establece, además, que tales medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas que tengan un interés legítimo en combatir dichas prácticas puedan proceder judicialmente contra ellas, o puedan someter tales prácticas a un órgano administrativo competente bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes.

19. Por su parte, el apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 2005/29 establece que, en el marco de las disposiciones legales a que se refiere el apartado 1 de ese mismo artículo, los Estados miembros conferirán a los tribunales —o a los órganos administrativos— competencias que les faculten bien para ordenar el cese de prácticas comerciales desleales —o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas—, bien para prohibir la práctica comercial desleal —o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica—, cuando ésta no haya sido todavía utilizada pero sea inminente su utilización.
20. La Comisión desea señalar, sin embargo, que la Directiva 2005/29 no regula ni el tipo de procedimiento judicial en el que pueda o deba invocarse el posible carácter desleal de una práctica comercial, ni la posibilidad o no de realizar dicha alegación en un procedimiento de ejecución hipotecaria como el controvertido en el litigio principal.
21. Pues bien, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, a falta de armonización en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)¹¹.
22. La Comisión considera necesario recordar, sin embargo, que en el marco de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹², este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a

¹¹ Véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada.

¹² DO L 95, 21.4.1993, p. 29.

una normativa de un Estado miembro 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 final¹³.

23. Pues bien, la Comisión estima que el análisis realizado por el Tribunal de Justicia y la conclusión que este Tribunal extrae en dicho asunto respecto de la Directiva 93/13/CEE deben ser aplicados también en el presente asunto respecto de la Directiva 2005/29, puesto que también en el marco de esta Directiva, que se dirige a proteger a los consumidores prohibiendo las prácticas comerciales desleales de los profesionales, estamos ante una relación desigual entre el profesional y el consumidor que solo puede ser corregida mediante una intervención positiva de las autoridades públicas¹⁴ que haga efectiva dicha prohibición.
24. En efecto, en lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, 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 nacionales¹⁵.
25. En el presente asunto, se desprende del auto de remisión que *"el proceso de ejecución hipotecaria español establece un régimen jurídico de oposición a la misma por causas tasadas entre las que se encuentra la existencia de cláusulas abusivas pero no cabe el control de las prácticas comerciales desleales; por lo que*

¹³ Véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 64.

¹⁴ *Ibíd.*, apartados 45 y 46, y jurisprudencia citada.

¹⁵ *Ibíd.*, apartado 53 y jurisprudencia citada.

*el consumidor se vería forzado a acudir a un procedimiento declarativo*¹⁶. De este modo, el juez remitente admite que, durante el proceso de ejecución hipotecaria, "no cabe valorar [...] si el comportamiento previo del ejecutante modificando sensiblemente a la baja la tasación de la finca es un práctica desleal, y las consecuencias de su declaración. Mientras tanto la ejecución hipotecaria continúa, se ejecuta la finca que constituye la vivienda habitual de los ejecutados, [y] podría resultar inviable dar cumplimiento a una eventual resolución que pudiera recaer en un declarativo posterior. El ordenamiento jurídico tampoco permite que el juez que pudiera conocer de ese proceso declarativo, el competente para apreciar la existencia de una práctica desleal del profesional o comerciante, [...] adopte medidas cautelares, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final"¹⁷.

26. En efecto, se desprende del artículo 695 de la LEC que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se base 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–, en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento o en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Nada se dice, sin embargo, del carácter desleal de una práctica que puede resultar, como parece ser el caso en el litigio principal, en un contrato o en un pacto de dicho contrato que no se hubiera concluido de no ser por tal práctica desleal.
27. Es más, según el artículo 698 de la LEC, el ejecutado que quisiera alegar el posible carácter desleal de una práctica que pudiera resultar, como establece el juez remitente¹⁸, en la nulidad de la modificación del valor de tasación del bien

¹⁶ Véase el punto 46 del auto de remisión.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

hipotecado, debe hacerlo en otro procedimiento, sin que este último produzca en ningún caso el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria.

28. Por su parte, el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 552 de la LEC parece claro cuando impone, con carácter previo a su admisión, el control de oficio por el juez de las demandas de ejecución de títulos como el controvertido en el litigio principal, pero únicamente respecto del eventual carácter abusivo de las cláusulas que contiene el título ejecutivo y no respecto del eventual carácter desleal de las prácticas comerciales que conducen a la conclusión de dicho título por parte del consumidor.
29. En consecuencia, bastaría con que los profesionales iniciasen —si concurren los requisitos establecidos— el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 2005/29, lo que, a juicio de la Comisión, también resulta 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 dicha Directiva¹⁹.
30. La Comisión concluye, por lo tanto, que la normativa española examinada por el juez remitente en su auto de remisión no se ajustaría 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 2005/29 pretende conferir a estos últimos mediante la prohibición efectiva de las prácticas comerciales desleales.

¹⁹ Véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 62.

31. A la luz de estas consideraciones, la Comisión considera que el artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, el control, ni de oficio ni a instancia de parte, del carácter desleal de una práctica comercial que pudiera viciar el título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter desleal de esa práctica, 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.

3.2. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

32. Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que la Comisión considera oportuno analizar conjuntamente, el juez remitente desea saber, en esencia, si el artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, durante un proceso de ejecución hipotecaria, no garantiza el efectivo cumplimiento de un código de conducta al que la entidad ejecutante se ha adherido, ni permite al consumidor ejecutado instar dicho cumplimiento.
33. En efecto, se desprende del auto de remisión que la entidad ejecutante está adherida al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual²⁰, el cual prevé la posibilidad de que un deudor hipotecario pueda, en las condiciones previstas en dicho Código, instar la dación en pago de la finca hipotecada. Dicha dación en pago supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

²⁰ Dicho Código fue incorporado al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (*Boletín Oficial del Estado* núm. 60, de 10 de marzo de 2012).

34. La Directiva 2005/29, por su parte, si bien reconoce que los códigos de conducta pueden y deben jugar un papel en la consecución de los objetivos de la misma y, en particular, en la eliminación de las prácticas comerciales desleales en ámbitos económicos específicos²¹, armoniza tan solo ciertos aspectos en relación con dichos códigos.
35. En concreto, los artículos 10 y 11 de la Directiva 2005/29 permiten que los organismos responsables de tales códigos controlen las prácticas comerciales desleales, incluso con carácter previo a las vías judiciales o administrativas establecidas a tal efecto, siempre y cuando dicho control sea adicional —y no suponga la renuncia— a dichas vías judiciales o administrativas.
36. Además, el artículo 6, apartado 2, letra (b) de la Directiva 2005/29 establece que el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar podrá, en ciertas circunstancias, considerarse una práctica comercial engañosa y, por tanto, prohibida por dicha Directiva.
37. La Directiva 2005/29 no regula, sin embargo, las consecuencias de un eventual incumplimiento por parte de un comerciante del código de conducta al que voluntariamente se ha adherido —más allá de las condiciones en las que dicho incumplimiento puede constituir una práctica comercial desleal— ni reconoce, en consecuencia, ningún derecho al consumidor en virtud del cual dicho consumidor pueda exigir el cumplimiento del código de conducta cuando el comerciante se ha comprometido a cumplirlo.
38. En tales circunstancias, la Comisión considera que corresponde a cada Estado miembro establecer las consecuencias jurídicas de un incumplimiento del código de conducta al que un comerciante se ha adherido voluntariamente teniendo en cuenta, por una parte, que los Estados miembros deben velar por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 2005/29 en interés de los

²¹ Véase, en este sentido, el considerando 20 de la Directiva 2005/29.

consumidores, tal y como establece su artículo 11. Por otra parte, los Estados miembros también deben establecer, en virtud del artículo 13 de la Directiva 2005/19, sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la dicha Directiva.

39. Pues bien, la Comisión considera que la respuesta jurídica al incumplimiento de un código de conducta por parte de un comerciante que se ha adherido a él voluntariamente contenida en la normativa española invocada por el juez remitente y examinada en su auto de remisión no permite hacer dudar de la conformidad de dicha normativa con la Directiva 2005/29.
40. En este sentido, la Comisión desea señalar, en primer lugar, que el apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal española dispone que cuando un empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.
41. En segundo lugar, el juez remitente describe con detalle en su auto de remisión la forma en que un incumplimiento del código de conducta al que la entidad ejecutante se ha adherido puede ser objeto de una reclamación ante el Banco de España y resultar en la imposición de una sanción por infracción grave de acuerdo con la ley nacional aplicable²².
42. En consecuencia, el hecho de que la normativa española invocada por el juez remitente y examinada en su auto de remisión no garantice el cumplimiento efectivo de un código de conducta al que una entidad se ha adherido voluntariamente, ni permita al consumidor instar dicho cumplimiento efectivo, no resulta por sí solo, a juicio de la Comisión, contrario a las disposiciones de la Directiva 2005/29 que

²² Véase, en este sentido, los puntos 42 y 43 del auto de remisión.

regulan la función que los códigos de conducta deben jugar en la consecución de los objetivos de la misma.

43. A la luz de estas consideraciones, la Comisión considera que el artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, durante un proceso de ejecución hipotecaria, no garantiza el efectivo cumplimiento de un código de conducta al que el ejecutante se ha adherido ni permite al consumidor ejecutado instar dicho cumplimiento en el marco de dicho proceso.

4. CONCLUSIÓN

44. Por todo lo expuesto, la Comisión propone al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cartagena del siguiente modo:

El artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, el control, ni de oficio ni a instancia de parte, del carácter desleal de una práctica comercial que pudiera viciar el título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter desleal de esa práctica, 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.

El artículo 11 de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, durante un proceso de ejecución hipotecaria, no garantiza el efectivo cumplimiento de un código de conducta al que el ejecutante se ha adherido ni permite al consumidor ejecutado instar dicho cumplimiento en el marco de dicho proceso.

Aude de CRAYENCOUR

Joan RIUS RIU

Agentes de la Comisión