

Alternativas procesales ante la STJUE sobre el procedimiento judicial hipotecario

JUAN J. HURTADO YELO

Magistrado. Doctor en Derecho

Iuris, Nº 190, Sección Tribuna, Quincena del 15 al 30 Abr. 2013, Editorial LA LEY

Aumento desmesurado de ejecuciones hipotecarias

La existencia de una crisis económica de las dimensiones de las que actualmente vive la sociedad española tiene consecuencias muy variadas. Uno de los grupos más afectados por la misma es el compuesto por las numerosas personas que han perdido su trabajo en este tiempo o simplemente han sufrido una importante disminución de ingresos. Ello ha producido que muchos de ellos no puedan hacer frente a sus pagos ordinarios, entre los que están las hipotecas. Son numerosas las familias que no pueden hacer frente a este pago, produciéndose un aumento desmesurado de procedimientos de ejecución hipotecaria y, por lo tanto, de desahucios y pérdidas dramáticas de la vivienda por sus propietarios.

Ante dicho drama social, que ha generado incluso pérdidas humanas, el legislador promulgó el RDL 27/12, de 15 de noviembre (LA LEY. 492606/2012), de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Este RDL tiene por objeto que aquellos deudores hipotecarios que están en una situación extremadamente precaria, y cumplan pues los requisitos de este RDL, puedan solicitar la suspensión del lanzamiento por el tiempo legal establecido.

En este contexto, el pasado día 14 de marzo de 2013, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó una sentencia, asunto C415/11 caso Aziz, que afecta directamente al procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 681 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). En este momento, la prensa nacional, de un modo a mi juicio un tanto irresponsable, directamente anuncia a bombo y platillo que los jueces, al amparo de esta sentencia, podrán paralizar los desahucios; pues bien, en este trabajo voy a analizar cuáles son los verdaderos efectos de la STJCE en los procedimientos de ejecución hipotecaria, en concreto, qué alternativas procesales tiene el juez ante la misma, hasta que lleguen las prometidas reformas del poder legislativo al hilo de la sentencia indicada.

Análisis de los hechos y secuencia del caso

La cuestión resuelta por el TJUE tiene su origen en un procedimiento seguido ante un juzgado de lo mercantil en Barcelona. Los hechos, en síntesis, son los siguientes: un ciudadano concierta una hipoteca con una entidad crediticia; con posterioridad se firma otra hipoteca con ampliación de crédito y cancelación de la anterior. Más adelante el deudor hipotecario deja de abonar el importe de una mensualidad del crédito hipotecario, seguido del impago de otros tres vencimientos posteriores, dando pues la entidad crediticia el crédito hipotecario por vencido y reclamándolo, primero extrajudicialmente, y luego judicialmente por el proceso de ejecución hipotecaria.

El deudor no se personó en el procedimiento hipotecario, la vivienda se subastó, y el deudor fue lanzado de su casa. Con posterioridad el deudor hipotecario demandó a la entidad bancaria por nulidad de una cláusula abusiva del préstamo hipotecario y, por ende, nulidad del proceso hipotecario.

Del procedimiento conoció el juzgado de lo mercantil de Barcelona que planteó una cuestión prejudicial al TJUE con el siguiente contenido:

- Que el procedimiento de ejecución hipotecaria en el ordenamiento jurídico español contiene un sistema de oposición tasado, de tal forma que si el deudor hipotecario quiere oponerse por motivos distintos, ha de acudir a otro proceso. Por ello plantea el tribunal español si ello no supone una obstaculización de los derechos del consumidor, pues el mismo no puede hacerlos valer, en concreto, en el procedimiento donde se ejecuta su hipoteca.

- Por otro lado, el juzgado de lo mercantil plantea si determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito por el deudor hipotecario-demandante, no vulnera la directiva de la UE 93/13 que regula las cláusulas contractuales abusivas; en concreto esas cláusulas son:

- Posibilidad de vencimiento anticipado de un contrato de larga duración -33 años-, por el impago de lo debido por un periodo concreto.
- Aplicación de un interés de demora excesivo en referencia al propio de operaciones de créditos a consumidores.
- Fijación de mecanismos de determinación de intereses variables, unilateralmente por el acreedor hipotecario, al que no se puede oponer el deudor en el propio procedimiento de ejecución, sino en otro distinto.

Doctrina del TJUE

Analizados pues los términos en los que quedó planteada la cuestión ante el TJUE, procede estudiar qué dice exactamente el Tribunal. En primer lugar, y para salir de dudas, en la sentencia objeto de estudio el TJUE no dice en momento alguno que el Juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria tenga que suspender dicho proceso cuando se dé alguna de las situaciones previstas en la sentencia comentada; otra cosa son los efectos añadidos que conlleven algunas de las soluciones o problemas que el Tribunal pone de relieve en su sentencia.

El TJUE hace en sus razonamientos jurídicos dos reproches importantes al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal y como se diseña actualmente en la legislación española.

- En primer lugar, el Tribunal indica como defecto del proceso de ejecución hipotecaria que no se contiene motivo de oposición alguno por el que el consumidor-ejecutado pueda alegar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario que se quiere ejecutar. Basta la lectura del art.695 LEC (LA LEY. 58/2000) para llegar a esta conclusión. Ello obliga al consumidor-ejecutado a acudir a un proceso declarativo para conseguir esta declaración de nulidad, pero en el mismo proceso de ejecución no se puede alcanzar dicho efecto. En este punto, es evidente que el legislador tendrá que actuar en un futuro para llenar esta laguna legal.

- Otro reproche que hace el Tribunal al legislador español es que, en caso que el consumidor-ejecutado acuda a un proceso declarativo para anular por abusiva alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que ha suscrito, si a la vez o con posterioridad el banco o acreedor hipotecario acude al proceso de ejecución hipotecaria para ejecutar la hipoteca, el juez que juzga el proceso declarativo no puede adoptar de oficio medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final. El Tribunal sostiene que la anotación preventiva de demanda sobre nulidad de la hipoteca quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación al que se refiere el art.133 Ley Hipotecaria (LA LEY. 7630/1946), siempre que sea la anotación preventiva posterior a la nota

marginal de expedición de certificación de cargas.

El tema tiene su peculiaridad, pues es evidente que en nuestro proceso civil rige el principio dispositivo, de tal forma que es la parte la que tiene que solicitar la tutela concreta querida y, en caso de las medidas cautelares, así es (art.721 LEC (LA LEY. 58/2000)), de tal forma que el juez no puede acordar medidas cautelares de oficio, salvo lo dispuesto para los procesos especiales. Es decir, el juez no puede adoptar medidas cautelares para hacer valer la demanda de nulidad de cláusula abusiva, pues este no es su cometido. Otra cosa es que, adoptada dicha medida cautelar, en concreto de anotación preventiva de demanda, la misma no surta efecto de cara a terceros, por el mecanismo de los arts.131 y 133 LH, si es posterior a la nota marginal de la certificación de dominio y cargas, nota marginal que se da al principio del procedimiento de ejecución hipotecaria, es decir al admitirse a trámite la demanda principal.

Pero incluso, a mayor abundamiento, aun cuando se admitiera que el juez puede de oficio acordar medidas cautelares, la suspensión de un procedimiento seguido en otro juzgado, en este caso el procedimiento judicial hipotecario, en el que se ejecuta la hipoteca cuya cláusula está puesta en tela de juicio sobre su validez o no, no está prevista como medida cautelar en el art.727 Lec (LA LEY. 58/2000) o en otras leyes. El AAP de Gerona, Sección 2ª, núm. 150/05 de 28 de septiembre, así lo pone de relieve al decir, "la medida de suspensión cautelar del procedimiento ejecutivo núm. 215/93 mientras no se obtenga un pronunciamiento sobre el fondo de este proceso, no está contemplada en el art. 727 LECiv (LA LEY. 58/2000) como medida concreta, ni puede considerarse incardinable en las innominadas del núm. 11 del citado precepto, pues la suspensión como medida cautelar de un procedimiento que se sigue en otro juzgado, no solo no está prevista en la Ley, sino que el Capítulo V Título III del Libro III, de la LECiv (LA LEY. 58/2000), bajo el epígrafe "De la suspensión y término de la ejecución», art. 565.1, establece que "solo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución" [...] por tanto, está claro que la pretensión de suspensión cautelar por el Tribunal que conoce de esta demanda, del procedimiento ejecutivo que se tramita ante otro Tribunal, es improcedente por imposible de obtener conforme a la normativa legal citada y al principio dispositivo, art. 19.4 y 179.2 Lec". No obstante, hay que reconocer que la expresión que utiliza el art.727.11 Lec (LA LEY. 58/2000) relativa a "aquellas medidas [...] que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio", hace surgir algunas dudas sobre esta materia, que habría que analizar.

No obstante, siendo ello así y existiendo esta realidad perjudicial del todo punto para el consumidor que ha suscrito un préstamo hipotecario en el que pueden existir cláusulas abusivas, entiendo que existen otros mecanismos procesales que podrían ponerse en juego para evitar este efecto perjudicial para el consumidor, sin necesidad de acudir a una facultad del juez, acordar medidas cautelares de oficio, que no casa con los principios básicos de nuestro proceso civil. En concreto, me estoy refiriendo a la prejudicialidad civil prevista en el art.43 Lec (LA LEY. 58/2000). La prejudicialidad civil es definida por la SAP de Cádiz, Sección 5ª, 12 abril 2000, "*cuando, para decidir la cuestión nuclear o central que constituye el objeto del proceso, es preciso resolver otras cuestiones que, pudiendo por sí mismas nutrir el objeto de otro proceso, se muestran tan entrelazadas con aquella cuestión principal que no puede ésta ser resuelta sin ser despejadas previamente aquéllas; el que, por razones de economía procesal y de concentración, la decisión se realice en la misma resolución en nada obsta a la naturaleza autónoma y condicionante de la cuestión prejudicial, que en todo caso y al menos a los efectos de la decisión de la cuestión principal ha de quedar resuelto*". Como se ha dicho, la Lec regula esta institución en el art.43 Lec (LA LEY. 58/2000), en el Libro I, "*de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*", a diferencia de la prejudicialidad penal que sí está prevista expresamente en el proceso de ejecución, no ocurre así

con la prejudicialidad civil, pero nada impediría que en el supuesto de existir un proceso declarativo que tenga por objeto la declaración de abusiva de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, y a la vez existiera un procedimiento de ejecución hipotecaria, se pudiera hacer valer en este último dicha prejudicialidad, pues al fin y al cabo en el procedimiento de ejecución hipotecaria se está ejecutando un título cuya validez parcial, al menos, está en entredicho, eso sí siempre a instancia del ejecutado. Con ello, a mi juicio se salvaguardan los principios básicos del proceso civil, principio dispositivo y de instancia de parte. La prejudicialidad civil permitiría la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria mientras que se tramita el procedimiento declarativo, hasta la resolución que determine si una cláusula es o no abusiva, afectando directamente al proceso de ejecución lo que se pudiera dilucidar en el declarativo, sin necesidad de medida cautelar alguna por parte del juez, que como se ha dicho, va directamente en contra de los principios básicos procesales.

No obstante lo dicho, hay que reconocer que la aplicación del instituto de la prejudicialidad civil al proceso de ejecución presenta algunas dificultades de orden legal. Así por un lado, el art. 565 Lec (LA LEY. 58/2000) dispone, "sólo se suspenderá la ejecución en los casos que en que la ley lo ordene de modo expreso", y entre dichos casos la Lec para el proceso de ejecución no dispone de modo expreso la aplicación de la prejudicialidad civil. El AAP de Barcelona, Sección 12, núm. 152/2004, 25 de junio (LA LEY. 1839618/2004), entiende no aplicable la prejudicialidad civil a la ejecución de un título derivado del art.41 LH, "el órgano judicial que conoció de la ejecución de la sentencia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (LA LEY. 7630/1946) (RCL 1946, 886), sostiene la procedencia de la suspensión de la ejecutoria en base a los artículos 565.1, en relación al 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal tesis no es compartida por la Sala, dado que la llamada prejudicialidad civil, a la que se refiere el artículo 43 de la LECiv (LA LEY. 58/2000), no es de aplicación al caso de autos para fundamentar en base a ella y por la prescripción del artículo 565.1 de la LECiv (LA LEY. 58/2000) a la suspensión del proceso de ejecución".

De todas formas, hay que decir que la colocación sistemática del art.43 Lec (LA LEY. 58/2000) dentro del Libro I de la Lec, "de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles", da pie a su posible aplicación a todo tipo de procesos, incluidos los procesos de ejecución.

Otro de los puntos importantes que señala la sentencia comentada, y que ya ha sido puesto de relieve, es la facultad del juez de controlar de oficio la validez o no de las cláusulas de un contrato, o dicho de otra forma, de anular las cláusulas de un contrato que considera abusivas según lo previsto en la Directiva 93/13 CEE. Esta doctrina no es novedosa, pues ya en la STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito C-618/10, en relación al proceso monitorio español, consideró contrario a la Directiva la normativa de un Estado que no permitía que el juez que conoce de un proceso monitorio, aún cuando dispusiera de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examinase de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

Ahora bien, el TJUE aplica esta doctrina al caso de las ejecuciones hipotecarias, y vuelve a facultar al juez para que proceda a ese control de oficio. El problema es cómo puede el juez realizar dicha labor, sin que a su vez se produzca indefensión al ejecutante y respetando los principios básicos del proceso civil, al menos hasta que no se reforme la LEC, y se permita alegar como motivo de oposición el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato. En este punto se pueden apuntar dos posibilidades:

- Una de ellas, quizá la menos ortodoxa desde el punto de vista procesal, es dar un plazo de tres meses al ejecutado antes de admitir la demanda de ejecución para que, si lo estima conveniente y considera que alguna cláusula del contrato firmado puede ser abusiva, presente la correspondiente demanda ante la jurisdicción competente, pudiendo aquí aplicar entonces la prejudicialidad civil antes

dicha respecto del proceso de ejecución instado. Esta solución, que sería sólo provisional hasta la promulgación de la reforma de la LEC que adapte el proceso civil a la sentencia objeto de autos, tiene como virtud que es el consumidor quien tiene la iniciativa para indicar qué cláusulas considera abusivas, con un proceso ad hoc para este objeto, con las garantías que ello conlleva, no sólo para el consumidor, sino también para el ejecutante, que no olvidemos también es parte del proceso y han de aplicarse respecto de él las garantías procesales existentes. El problema o punto débil de esta solución procesal es, por un lado, que solo se puede aplicar a los procesos de nuevo inicio, no a los procedimientos en trámite; además, hay problemas de vacío legal en cuanto a la norma que justifica la suspensión del proceso de ejecución para que el consumidor presente la demanda declarativa. Por otro lado es discutible, como se vio, la aplicación de la posterior prejudicialidad civil en estos supuestos.

- Otra solución más coherente con la sentencia comentada es que el juez que conoce del proceso de ejecución hipotecaria pueda, en cualquier momento del proceso, siempre que no se haya producido la subasta del bien, plantear de oficio la naturaleza o condición de abusiva de la cláusula en cuestión.

Esta tesis, a mi juicio, también plantea problemas jurídicos de no fácil solución. El planteamiento de esta opción parece que no casa con los procesos de ejecución hipotecaria ya iniciados, pues si el juez ha admitido a trámite un proceso de ejecución hipotecaria, art.686 LEC (LA LEY. 58/2000), sin poner reparo legal alguno, no parece muy congruente que luego, en cualquier fase del proceso, lo haga de forma retroactiva. Pero incluso aún cuando se admitiera esta posibilidad, el trámite procesal no puede ser sin más la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, sino que debe de existir un trámite previo donde se dé audiencia a las partes, incluso pueda celebrarse una vista.

De la propia sentencia comentada se pueden deducir dos elementos que coadyuvan a que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva no sea sin audiencia a las partes, incluso sin practicar prueba alguna. Por un lado, la sentencia comentada habla de que el juez apreciará de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, lo que es tanto como decir que resolverá cuando haya oído a las partes y practicadas las pruebas oportunas; no se puede entender de otra manera la referencia a dichos elementos de hecho y de derecho. Del mismo modo, la sentencia también se refiere a que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula es abusiva. Ello por sí mismo no es posible en nuestro ordenamiento procesal civil, solo el juez en el proceso ordinario, art.429.1 LEC (LA LEY. 58/2000), puede insinuar a las partes la propuesta de nuevos medios de prueba, pero per se el juez no puede acordar con carácter general diligencias de prueba de oficio en el proceso civil; ello quiere decir, a mi juicio, que habrá que estar a las pruebas propuestas por las partes, de tal forma que se debe diseñar una tramitación semejante a la prevista en el art.560 LEC (LA LEY. 58/2000), para la oposición a la ejecución por motivos de fondo, donde las partes podrán solicitar la celebración de vista, si bien en este caso de nulidad de cláusulas abusivas el incidente se podrá promover de oficio por el juez.

Como es lógico y en aras de evitar que la continuación del proceso de ejecución haga inútil la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, se ha de suspender este, aún cuando no hay disposición legal que lo ampare; ahora bien, ello no quiere decir que haya que suspender todas las ejecuciones, ni que la declaración de nulidad de una cláusula de un contrato tenga que llevar aparejada la nulidad del proceso o su suspensión sine die. Habrá que determinar cuál es la cláusula anulada, su influencia en el proceso, y en concreto, su proyección sobre los arts.225 y ss LEC, que son los que permiten la nulidad de actuaciones.

La STJCE asunto C45/11 Aziz y las cláusulas abusivas

Por último, procede analizar las pautas que da el Tribunal para considerar cuándo estamos ante una cláusula abusiva. En este punto el Tribunal sienta un criterio muy ilustrativo al respecto y dice que, para determinar si una cláusula es o no abusiva, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual; dicho de otro modo, deberá analizarse si en el supuesto de un contrato entre un profesional y un consumidor donde se pudiera negociar cláusula a cláusula y en régimen de igualdad, el consumidor aceptaría las cláusulas cuya validez están en duda, por considerarlas justas y adecuadas a la equivalencia entre las obligaciones y los derechos de las partes.

En concreto, el Tribunal analiza tres supuestos y da pautas al respecto (Ver recuadro)

Pero el Tribunal no dice qué efectos tiene la nulidad de alguna de las cláusulas en el proceso de ejecución hipotecaria, máxime cuando el mismo está iniciado; ello será una labor a determinar caso por caso, juez por juez, sin que haya que concluir que el mismo será uniforme en todos los casos y suponga la suspensión del proceso siempre. No se puede decir con carácter general, ni la sentencia comentada así lo indica, que cualquier nulidad de una cláusula prevista en un contrato de préstamo hipotecario suponga la nulidad del contrato y, por ende, del procedimiento de ejecución hipotecaria, con la consiguiente suspensión definitiva de un posible lanzamiento.

Pautas del TJUE para considerar si una cláusula es abusiva

- Cláusula de **vencimiento anticipado de los contratos de larga duración por incumplimiento del deudor**: el Tribunal centra el debate en si el incumplimiento del deudor tiene carácter esencial y grave, doctrina íntimamente relacionada con la existente a nivel nacional con respecto de la facultad resolutoria del art.1124 Ccivil (LA LEY. 1/1889) para las obligaciones recíprocas.
- **Intereses de demora**: el Tribunal sienta una pauta de comparación para analizar si el interés de demora es abusivo, a saber el interés legal, sin dar criterios concretos.
- Cláusulas de **liquidación unilateral por el prestamista** del importe de la deuda impagada: el juez deberá determinar si dicha cláusula dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio del derecho de defensa.