

Y AHORA VIENE LO DIFÍCIL: ¿CÓMO CONTROLAR EN EL EJECUTIVO HIPOTECARIO EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA?¹

Encarna Cordero

Catedrática de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La sumariedad de nuestro sistema de ejecución hipotecaria ha sufrido un serio revés en la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. El TJUE considera que el mismo no se ajusta al Derecho comunitario sobre protección de los consumidores, pues este sistema exige que el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales pueda ser controlado por el juez y que la ejecución pueda ser suspendida cuando esté fundada en la aplicación de cláusulas abusivas. Es más, junto al resto de pronunciamientos del TJUE sobre la materia, esta sentencia significa que el control judicial sobre cláusulas abusivas no sólo ha de poder ser realizado a requerimiento del consumidor afectado, sino incluso de oficio por el juez de la ejecución hipotecaria. El objeto de este artículo es exponer las diversas implicaciones que tiene esta decisión, las opciones regulatorias disponibles para el Legislador español y las posibles medidas judiciales hasta que se aprueben las correspondientes reformas legales.

Palabras clave: hipoteca, procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria, cláusulas abusivas en contratos con consumidores, protección de consumidores, control judicial de cláusulas abusivas.

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

Title: And now comes the hardest: how could be controled the unfairness of contractual clauses during mortgage enforcement?

Abstract: The summary treatment of our foreclosure has suffered a serious setback in the judgment of the ECJ of 14 March 2013. The ECJ considered that it is not consistent with Community law on consumer protection, as this system requires that the possible unfairness of contractual terms can be controlled by the judge and that legal proceedings may be suspended when it is based on the application of unfair terms. Moreover, along with the rest of the ECJ decision on the matter, this ruling means that the control on unfair court has power not only be done at the request of consumers affected, but even from office by the judge of foreclosure. The purpose of this article is to present the various implications of this decision, the regulatory options available to the Spanish legislature and judicial determinations possible until the adoption of the relevant legal reforms.

Keywords: mortgage, foreclosure summary proceedings, unfair terms in consumer contracts, consumer protection, unfair judicial control.

SUMARIO: 1. Significado de la STJUE de 14 de marzo de 2013. 2. Consecuencias para las ejecuciones en curso y para las futuras. 3. El problema del control de oficio en las ejecuciones notariales. 4. ¿Qué mínimas reformas legales se exigen? 5. Incertidumbres en la aplicación de los parámetros para medir el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de intereses y vencimiento anticipado.

1. Significado de la STJUE de 14 de marzo de 2013

Es curioso que la sumariedad de los procedimientos de ejecución hipotecaria haya resistido los más sólidos argumentos basados en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y que, sin embargo, la falta de contradicción que es propia de nuestro ejecutivo hipotecario sucumba ante el «principio de efectividad» de las normas comunitarias sobre protección de los consumidores. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional siempre ha afirmado la constitucionalidad del ejecutivo hipotecario (reiteradamente desde la STC 41/1981 hasta el ATC de 19 julio 2011), por el hecho de que las limitadas posibilidades de oposición del ejecutado (reguladas hoy en los arts. 695 y ss. LEC, 236-ñ y 236-o del RH), se contrarrestaban con la posibilidad de instar un declarativo ulterior que, si bien no podría tener nunca el efecto de suspender o entorpecer la ejecución hipotecaria, podría servir para tutelar eficazmente los derechos del ejecutado, sentencia declarativa cuya eficacia podría ser asegurada a través de la correspondiente anotación preventiva de la demanda, así como mediante la retención de la cantidad que debiera entregarse al ejecutante (art. 698.2 LEC). Éste es el sistema cuya adecuación al régimen comunitario sobre cláusulas abusivas fue cuestionado ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, en el seno de ese

declarativo ulterior instado por el consumidor. Pues bien, el TJUE considera que este sistema no permite que se cumpla adecuadamente el régimen comunitario sobre cláusulas abusivas. En concreto, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, el TJUE acaba de decidir que se opone a la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE) la normativa procesal española *«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 efectividad de su decisión final»*. Pese a lo limitado del pronunciamiento (donde sólo se censura que el juez del declarativo, que fue quien planteó la cuestión prejudicial, no pueda adoptar medidas que interfieran el avance inexorable del procedimiento de ejecución hipotecaria), colocada en el contexto de otras decisiones del TJUE sobre el control de cláusulas abusivas, la trascendencia de esta decisión es enorme:

- 1º. El TJUE dispone que **el juez del declarativo ha de poder adoptar las medidas cautelares (entre ellas, la suspensión de la ejecución hipotecaria) que requiera la eficaz realización de los derechos del consumidor**. Al TJUE no le basta, pues, que la efectividad de la sentencia declarativa pueda asegurarse mediante la anotación preventiva de la demanda, ni siquiera mediante la retención del precio que, en la ejecución, haya de entregarse al acreedor. A estos efectos, el TJUE considera 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, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.
- 2º. Pero los efectos de la sentencia no terminan aquí. El TJUE no dice sólo que los derechos del consumidor deban ser tutelados por el juez del declarativo. Se añade que **contraviene el Derecho comunitario el hecho de que en el procedimiento de ejecución hipotecaria no se puedan formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas contractuales**.
- 3º. Es más, al TJUE tampoco le bastaría que el consumidor pudiera oponerse eficazmente en el procedimiento ejecutivo. Al igual que se indicó en la STJUE junio 2012, sobre el procedimiento monitorio (que expresa un criterio reiterado del TJUE, sentencias 21 noviembre 2002, 3 junio 2010, entre muchas otras), el Tribunal considera que no es suficiente que el consumidor disponga de algún modo de defender sus derechos, pues **contraviene el Derecho comunitario el régimen legal que no permite que sea el juez quien controle de oficio**

la validez de las cláusulas contractuales en las que se funde el título ejecutivo, sin necesidad, pues, de que lo pida el consumidor.

4º. **Este control de oficio ha de ser realizado por el juez del ejecutivo, de modo que no es sólo competencia del juez del declarativo.** La sentencia se refiere únicamente a las potestades del juez del declarativo, pero ello se debe sólo a que fue este juez quien planteó la cuestión prejudicial. En la medida en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los consumidores deben ser tutelados de oficio por el juez, ha de considerarse que esta potestad de control no es exclusiva del juez del declarativo (cuya intervención depende de que el consumidor plantee la correspondiente demanda), sino del propio juez que conozca de la ejecución, como se decidió en la STS 14 junio 2012, en relación con el juez del procedimiento monitorio.

Son muchas las incógnitas que plantea esta sentencia, que afectan al sentido posible de las necesarias reformas legales, a la actitud que los juzgados y tribunales podrían adoptar hasta que ello suceda, a los efectos que esta decisión sobre el ejecutivo judicial deba tener sobre los procedimientos extrajudiciales de ejecución de hipotecas.

2. Consecuencias para las ejecuciones en curso y para las futuras

Las incertidumbres más urgentes e inquietantes se refieren a las medidas que podrán adoptar los jueces que conozcan de la ejecución hipotecaria. El abanico de posibilidades es amplio:

1º. Desde hace meses se vienen dictando autos de suspensión de ejecuciones hipotecarias, a la espera de cómo resolviera el TJUE la cuestión prejudicial que nos ocupa. Cabe augurar que una respuesta posible de los órganos judiciales es que estos autos de suspensión, u otros que les sustituyan, se mantengan hasta que se produzcan las correspondientes reformas legales ajustadas a lo exigido por el TJUE.

2º. También es posible que muchos órganos jurisdiccionales consideren que ya no persiste la incertidumbre que justificó la suspensión de las ejecuciones, pues ahora es indudable que los jueces de la ejecución están obligados a controlar de oficio la validez de las cláusulas contractuales y que lo único incierto (inexistente, realmente) es el régimen legal (plazos, efectos) al que este control ha de sujetarse. Pese a tal falta de normas, cabe prever que muchos jueces efectuarán de hecho un control de validez previo de las cláusulas contractuales antes de despachar la ejecución (es lo que está sucediendo en el procedimiento monitorio). Ésta no es una decisión tan exótica, pues en diversas ocasiones el TS ha permitido que otras pretensiones distintas de las tasadas en las leyes puedan afectar a la ejecución hipotecaria: por ejemplo, se ha admitido que

acreedores con privilegios crediticios preferentes al del ejecutante pudieran interponer tercerías de mejor derecho en la ejecución sumaria (SSTS 27 octubre 1983, 10 julio 1989), tercería que, dentro del ejecutivo sumario, habría de sustanciarse por los trámites del juicio verbal (art. 617.1 LEC).

- 3º. En todo caso, a falta de una regulación al respecto, hay que preguntarse hasta qué momento es posible ese control judicial de oficio por el juez de la ejecución, por ejemplo, si podrá realizarse cuando ya se hayan publicado los anuncios de la subasta (cfr. art. 56.2 de la Ley Concursal y el propio significado que estos anuncios tienen a los efectos de perfeccionar la venta judicial).
- 4º. Es más, incluso aunque no fuera posible el control de oficio por lo avanzado del procedimiento, ¿podría decretarse la nulidad de actuaciones (cfr. arts. 240 LOPJ, 225 y ss. de la LEC)? ¿Puede hacerlo el juez de oficio antes de que concluya el procedimiento (cfr. art. 227.2 LEC)? ¿Se puede estimar que es nulo el ejecutivo que prosiguió sin control judicial de validez de las cláusulas en las que se fundó la ejecución por causar indefensión al consumidor (cfr. art. 225.3º LEC)? ¿O, como dijo siempre nuestro TC, no hay indefensión en la medida en que cabe un declarativo ulterior? ¿Cabría el incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución firme que ponga fin al ejecutivo hipotecario (cfr. art. 228 LEC) en el que no se haya producido el obligado control judicial de oficio?
- 5º. Es más: ¿existe responsabilidad del Estado que no legisló para que los consumidores fueran protegidos de oficio por los jueces de la ejecución hipotecaria? Parece que no, salvo que los consumidores prueben que, en efecto, fueron víctimas de la aplicación no controlada de cláusulas abusivas. Y si así fuera, si el consumidor no instó el declarativo o si no pidió anotación preventiva de la demanda y, por tanto, puede carecer de acción frente al adjudicatario tercero o frente a un adquirente posterior de buena fe, además de la responsabilidad del ejecutante, ¿hay responsabilidad patrimonial del Estado?
- 6º. En todo caso, hasta que el Legislador regule al respecto, queda la duda de determinar qué ha de hacer el juez cuando, en el control de oficio, detecte la nulidad de una cláusula. Parece evidente que, antes de adoptar cualquier medida, habrá de concederse al ejecutante (y también al consumidor) la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga (recientemente lo ha estimado así el propio TJUE en sentencia de 21 febrero 2013). Si las razones que el ejecutante alegue no convencen al juez, los efectos deberán ser distintos en función de la cláusula cuestionada:
 - Si se trata de la cláusula de vencimiento anticipado, el juez que estime su carácter abusivo no debería despachar la ejecución, por no darse los presupuestos procesales necesarios para ello. Seguramente, tampoco habría de continuar la ejecución que ya se hubiera despachado.

- Si el juez considera superior a la exigible la cantidad por la que se insta la ejecución (por ejemplo, intereses que se estimen abusivos, liquidación unilateral incorrectamente practicada por la entidad), en nuestra opinión, lo correcto no será denegar el despacho de ejecución por falta de liquidez de la deuda reclamada (es, sin embargo, lo que algunas AAPP han decidido en procedimientos monitorios), sino continuar la ejecución por la cantidad que el juez estime procedente, que, en el caso de intereses abusivos, serán exclusivamente los legales del art. 1108 CC, sin que el juez pueda integrar ni moderar la cláusula de interés (STJUE 14 junio 2012). Todo ello sin perjuicio del derecho de la entidad a desistir de la ejecución.
- En todo caso, parece razonable estimar que, hasta que otra cosa diga el Legislador, la sentencia que ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria no puede tener efecto de cosa juzgada, ni siquiera parcialmente en cuanto a la validez o nulidad de las cláusulas contractuales en que se funde el título ejecutivo.

3. El problema del control de oficio en las ejecuciones notariales

Dada la naturaleza (judicial) del procedimiento en el que se plantea la cuestión prejudicial, la sentencia comentada alude siempre al control judicial, en el seno de procedimientos judiciales de ejecución. La pregunta que inmediatamente cabe plantear en Derecho español es si es exigible, y de qué modo, un control de oficio de validez de las cláusulas en que se funde el título ejecutivo cuando el mismo se pretenda realizar en el seno de un procedimiento extrajudicial notarial de ejecución de hipotecas (arts. 129 LH, 234 y ss. del RH). Obsérvese que las exigencias impuestas en esta sentencia a los procedimientos de ejecución no tienen ninguna excepción relativa a procedimientos ejecutivos no judiciales. Además, es evidente que concluir que no es necesario efectuar control de validez de cláusulas contractuales en los procedimientos notariales de ejecución, tendría como consecuencia que fuera fácilmente eludible el régimen de protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas. No parece una conclusión muy congruente con el carácter imperativo de este régimen.

En todo caso, no es tarea fácil articular un control «de oficio» en el seno del procedimiento notarial, sobre todo por lo dudoso que resulta que el notario pueda efectuar este control que lleva implícito el ejercicio de potestades jurisdiccionales de las que el notario carece. Y ninguna clase de intervención judicial prevé la normativa reguladora de los procedimientos de ejecución extrajudicial.

4. ¿Qué mínimas reformas legales se exigen?

La sentencia del TJUE no significa que no puedan subsistir los procedimientos sumarios de ejecución de hipotecas. Aunque sea necesario regular el régimen y efectos al que estará sujeto el control de validez de las cláusulas contractuales en que se funde el título ejecutivo, el procedimiento podrá seguir prescindiendo de otras muchas fases de los procedimientos declarativos y ejecutivos ordinarios. Además, no es la primera vez que resulta afectada la sumariedad de la ejecución hipotecaria, piénsese, por ejemplo, en que la ejecución especial hipotecaria no perdió atractivo por el hecho de que la STC 6/1992 declarase la necesidad de que los arrendatarios y ocupantes de hecho del inmueble fueran oídos en el procedimiento antes de ser desalojados. De hecho, la versión que los arts. 661 y 675 LEC dieron a la tutela constitucional del derecho de los ocupantes no parece haber socavado los cimientos de las ejecuciones sumarias. Estimamos que éste puede ser un buen modelo a considerar a la hora de regular el control de oficio de cláusulas abusivas: a través de un incidente plenamente contradictorio, en el que se limiten los plazos de comunicación, alegación y proposición de prueba de las partes, con el fin de no dilatar en exceso la ejecución.

Sería aconsejable regular también los efectos del auto por el que el juez decida (o no) el carácter abusivo de la cláusula cuya validez se cuestione, efectos que podrían ser análogos a los establecidos en el art. 695 LEC: cuando el juez determine que no procede despachar la ejecución, el auto debería ser susceptible de recurso en apelación; si se reduce la cantidad por la que se despacha la ejecución, podría determinarse (o no) la posibilidad de recurrir en apelación. En ambos casos, sin causar efecto de cosa juzgada.

Como antes indicamos, también habrá de habilitarse un trámite similar en las ejecuciones notariales, a cargo de un juez (por ejemplo, el que sería competente para conocer de la ejecución judicial).

Es más, la jurisprudencia comunitaria sobre el control judicial de cláusulas abusivas no sólo ha de tener aplicación en los procedimientos ejecutivos sumarios, pues, recuérdese que lo que el TJUE reprocha al Estado español no es que no existan trámites procesales para oponer el carácter abusivo de una cláusula contractual, sino que no se prevea que este control lo haga el juez de oficio. Y lo cierto es que esta previsión falta no sólo en los procedimientos sumarios de ejecución de hipotecas, también en otros procedimientos de ejecución (por ejemplo, de garantías mobiliarias) y, desde luego, en los declarativos, donde con carácter general rige el principio dispositivo, como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, principio éste que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, es insuficiente para procurar la tutela de los consumidores que la normativa comunitaria encomienda a los órganos jurisdiccionales.

5. Incertidumbres en la aplicación de los parámetros para medir el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de intereses y vencimiento anticipado.

Pero las mayores inseguridades en esta materia no provienen del aspecto procesal de la intervención judicial, sino de la falta de criterios uniformes en la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales. De hecho, la sentencia que comentamos se limita a establecer diversos parámetros, expresados en términos muy abiertos, para enjuiciar la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, la de intereses de demora, y el pacto de liquidación de la deuda pendiente. Ha de señalarse que, de acuerdo con la jurisprudencia, el control de validez de las cláusulas contractuales alcanza tanto a las cláusulas esenciales como a las accesorias (STS 1 julio 2010, STJUE 3 junio 2010).

- En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE ha determinado que, en contratos de larga duración, su validez por incumplimientos del deudor en periodos muy limitados y concretos ha de ser enjuiciada valorando si el incumplimiento en cuestión tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. Como puede apreciarse, los términos de este pronunciamiento no permiten predecir con certeza la validez o nulidad de una determinada cláusula de vencimiento anticipado que no esté prevista en las leyes, como sucede con la de vencimiento anticipado por impago de algún o algunos plazos. El pasado viernes 15 de marzo el Consejo de Ministros anunció que iba a impulsar medidas de urgencia dirigidas a establecer un mínimo de vencimientos impagados para iniciar la ejecución hipotecaria, número que, según se ha anunciado, no podrá ser inferior a los tres meses desde el primer impago. Se trata de la misma cifra de vencimientos impagados que propuso el Partido Popular en la tramitación del Proyecto de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que actualmente se debate en el Congreso.
- En relación con los intereses de demora, el TJUE considera que para valorar su carácter desproporcionado habrá que comparar la estipulación controvertida con el tipo de interés legal, con el fin de verificar que no va más allá de lo que sea necesario para garantizar la realización de los objetivos que la cláusula persigue. No hay un criterio uniforme al respecto en las AAPP. El pasado viernes también se ha anunciado que el Gobierno va a impulsar medidas de urgencia que afecten al tipo de interés de demora, que no podrá superar el 12% (cfr. el tipo establecido en el art. 4 del RDL 27/2012, aplicable sólo a deudores y contratos incluidos en el ámbito de aplicación del RDL). La cifra es diferente a la

que el Partido Popular propuso en la tramitación del Proyecto de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (tres veces el interés legal del dinero, nuevo párrafo del art. 114 LH, si bien se prevé aplicable sólo a los intereses que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la ley y únicamente en préstamos hipotecarios sobre viviendas).

- En cuanto a la cláusula relativa a la liquidación unilateral de la deuda impagada, el Tribunal considera que el juez deberá determinar si esta facultad del ejecutante constituye una excepción a las normas aplicables a la falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulte el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa. Seguramente la cláusula de liquidación unilateral de la deuda superará este test si se ajusta a las facultades que reconocen al acreedor ejecutante los arts. 572, 573 LEC, 153 y 153 bis LH, que son, precisamente, las normas procesales aplicables en defecto de pacto.