



www.uclm.es/centro/cesco

NULIDAD POR ABUSIVO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN NOTARIAL DE HIPOTECAS. UNA NUEVA BARRABASADA JUDICIAL¹

Angel Carrasco
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 22 de enero de 2014

El asunto

La SJMER 1 (juez de refuerzo) de Palma de Mallorca, n 00003/2014, de 3 de enero, ha declarado abusiva la cláusula de una escritura de hipoteca en la que el consumidor se sujetaba al procedimiento de ejecución extrajudicial regulado en la LH y en el RH.

La citada cláusula contractual 11 rezaba de esta manera lo:

“Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

a) Los valores en que se tasan las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior.

b) El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.



www.uclm.es/centro/cesco

c) La parte hipotecante designa a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación.”

La sentencia

A continuación transcribo en parte la argumentación de la sentencia.

Según el juzgador, si bien es cierto que el procedimiento del artículo 129 de la LH es un procedimiento legal y reglamentariamente establecido y que no es más que la expresión de la voluntad del legislador de fijar un cauce distinto de los órganos jurisdiccionales para lograr la satisfacción de un crédito derivado de un préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que en la medida en que el cauce procesal regulado merme o dificulte al consumidor hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la Unión Europea confiere a los consumidores, en virtud del principio comunitario de efectividad el Juez comunitario está habilitado para inaplicar sin más la normativa procesal nacional.

El juez entiende que este desequilibrio se produce si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor, y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido. En este mismo sentido se pronunció la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto contra Joaquín Calderón*) respecto del procedimiento monitorio, y de ahí que sí que considere, en contra de lo sostenido por la parte demandada, que es pertinente y útil la cita efectuada por la parte demandante. Y esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el status del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esa diferencia de trato no encuentra una justificación razonable.

El argumento sigue de la siguiente manera. *La venta extrajudicial se revela como un perfecto mecanismo para eludir el control de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE* (sic). La suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso *Mohamed Aziz*), de ver suspendido su procedimiento en el mismo momento en el que se plantea el debate del control de contenido. A diferencia del procedimiento judicial, en el que la suspensión es



www.uclm.es/centro/cesco

automática ex artículo 695 de la LEC, en el caso de la venta extrajudicial se requiere una actuación activa del consumidor mediante la presentación de una demanda ante los Tribunales y la solicitud de la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial. En este sentido, el contenido del artículo 236 ñ del RH es revelador, ya que ni siquiera contempla que el Notario suspenda el procedimiento por el planteamiento del debate sobre la abusividad de una cláusula contractual.

En el sentir del juzgador no puede entenderse que la diferencia de tratamiento esté justificada. En primer lugar, aun cuando se trate de un procedimiento legal y reglamentariamente establecido, ya he argumentado en el párrafo 4 que el respeto a la autonomía procesal de los Estados por la normativa comunitaria ha de cesar en el caso de que los procedimientos nacionales mermen o dificulten la protección del consumidor consagrada en la Directiva 93/13, ya que el principio de efectividad del Derecho Comunitario obliga a los jueces comunitarios a inaplicar la normativa nacional que imposibilite la efectividad de la normativa comunitaria. En segundo lugar, tampoco cabe entender que se trata de una cláusula emanada del consentimiento y perfecto entendimiento de la demandante y que, por tanto, al surgir de la autonomía de la voluntad, debe respetarse conforme al aforismo “pacta sunt servanda”.

La crítica

Una vez más, el irresponsable manejo del *corpus comunitario* relativo a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores por parte de los juzgadores nacionales (no sólo de instancia; piénsese en la deplorable STS 9 mayo 2013 sobre la cláusula suelo) conduce a que los *consumidores del futuro* – sus hijos o sus nietos, lector, los míos- no podrán acceder a una vivienda en propiedad financiada con hipoteca si no es con altísimos costes contractuales, además de tener que haber acreditado previamente una considerable solvencia patrimonial de partida, que decididamente marcará en el futuro una profunda división por clases sociales, los que pueden y los que no pueden tener viviendas. Cada sentencia que se dicta como ésta del JMER 1 de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014 eleva el umbral de riqueza que mañana será precisa para comprar una vivienda, por modesta que sea. Piensan los despistados que resoluciones como éstas son contribuciones judiciales a la defensa de los consumidores. Yo no lo creo; estoy seguro que se trata de decisiones judiciales *clasistas*, instrumentos de marginalización futura de las clases medias-bajas. Es evidente que los incipientes préstamos hipotecarios que entidades como BS o Bankinter están empezando a dar con un 2,9% de diferencial variable, unida a otras condiciones financieras, van a ser reajustados una vez más al alza



cuando se enteren que un juez de Palma de Mallorca- al que sin duda seguirán otros en este país de esperpento- acaba de declarar de facto nulo el procedimiento de ejecución notarial hipotecaria.

Porque en el presente conflicto es del todo seguro que el deudor hipotecario carecía de cualquier necesidad legítima de tutela frente a cláusulas abusivas. Si así hubiera sido, hubiera demandado también en el mismo juicio la nulidad de las cláusulas hipotecarias que hubieran de ser eventualmente controladas por el juez del procedimiento de ejecución judicial que el deudor postula como necesario. Porque si la sustancia del discurso es que es nulo un procedimiento extrajudicial que impide que un juez se pronuncie de oficio o a instancia de parte sobre la eventual nulidad de alguna de las cláusulas inscritas sobre las que soporta la ejecución, en este caso se eliminaba la necesidad y la urgencia, si en el mismo procedimiento declarativo que cuestiona la nulidad de la cláusula 11 se hubiera cuestionado también el clausulado material de la hipoteca que eventualmente habría de ser controlado después en el seno del proceso de ejecución. Más aún, el propio juez mercantil lo hubiera debido hacer de oficio, ya que estaba puesto en el empeño de escrutar una cláusula de la hipoteca controvertida. Esto demuestra la falacia de todo el tinglado y acredita una vez más cómo se están articulando y despachando espurias reclamaciones sobre pretendidas nulidades por abusividad de cláusulas hipotecarias cuando la validez o nulidad en cuestión carece de relevancia, ya que lo que está sobre la mesa es la cuestión más simple de que el deudor no quiere o no puede pagar la deuda. Porque es insolvente, no porque haya una cláusula que le haya producido un “desequilibrio desproporcionado” en el contenido regulador del contrato. Se trata de un uso fraudulento del Derecho de cláusulas abusivas, propiciado por los litigantes y consentido irresponsablemente por los jueces, en este chiringuito de *todo vale* que resulta ser hoy en este país el zoco de opiniones, pleitos y sentencias relativos a los contratos de hipoteca.

Obsérvese que no se trata de continuar el debate sobre la “inconstitucionalidad” del procedimiento ejecutivo judicial², que parecía ya definitivamente resuelto a partir de la redacción *postconstitucional* del art. 129 LEC que se hizo en la DF 9.4ª de la LEC y que, en cualquier caso, no es susceptible siquiera de plantearse hoy con la reforma del art. 129 LH realizada por la Ley 1/2013. Se trata de cosa más simple y de más calado como que el juez de primera instancia de un Estado miembro, en calidad de juez comunitario, puede *inaplicar* el Derecho estatal cuando *a su juicio* (y sin perjuicio del sistema judicial de recursos) la norma interna es contraria al Derecho comunitario,

² Para el mismo, CARRASCO/CORDERO/LOBATO, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2008, pags. 1132-1133.



www.uclm.es/centro/cesco

mientras que no puede hacer lo propio cuando la norma interna sea contraria a la Constitución, dado el monopolio de *inaplicación* de leyes que corresponde al TC. Es cierta la doctrina de la sentencia en este punto, y el TJUE ha *delegado* en todos los jueces nacionales la competencia de aplicación (por vía de *inaplicación*, no de casación anulatoria) prioritaria del Derecho comunitario principal o derivado. No vamos a discutir este punto y reconocemos *prima facie* que el juez español llamado a resolver puede inaplicar la LH en este punto sobre la base de considerar que el procedimiento de ejecución notarial es contrario al Derecho comunitario. Es decir, aunque suene fuerte, todo el empeño del legislador español en elevar y regular con rango de ley el citado procedimiento en la reciente Ley 1/2013 no puede inhibir a un juez de instancia declarar que toda esta regulación es contraria a Derecho comunitario, e inaplicarla en consecuencia.

¿Pero qué cosa es *contraria* al Derecho europeo de cláusulas abusivas que se contiene en la Directiva 13/1993? Aquí ya se manifiesta el caos. Es evidente que el juicio de contraste con la Directiva en cuestión no puede aplicarse a un *procedimiento de ejecución diseñado por ley*, sino a una cláusula no negociada. Un procedimiento de ejecución, incluso un procedimiento de ejecución que, en la queja del juez de Palma, no permita a un juez de carrera controlar de oficio la existencia eventual de una cláusula abusiva, no puede someterse al contraste con esta Directiva. Aunque un juez no pueda pronunciarse de oficio sobre el asunto, es claro que por eso un *procedimiento* diseñado por ley no puede ser nulo ni abusivo en el sentido de la Directiva, sin perjuicio de que pueda ser nulo por otras razones, por ejemplo, por inobservancia del principio de jerarquía normativa, lo que queda fuera de la legitimación conferida al amparo de la Directiva 93/13. La pretensión del juez de Palma de estar aplicando el juicio de *contraste* a una cláusula contractual (la cláusula 11 de la hipoteca en cuestión) es una falacia enorme. Obsérvese que la cláusula en cuestión sólo tiene un contenido de remisión a normas jurídicas legítimas y que, además, esta norma de remisión reproduce en sus términos esenciales *una norma legal de remisión* del mismo tenor, como es el art. 129 in fine LH [art. 129.1 b), tras la reforma operada por Ley 1/2013]

Es decir, la meritada cláusula 11 no es susceptible de contraste porque no contiene una regla jurídica material susceptible de convertirse en objeto del juicio de abusividad del art. 82.1 LGDCU, ya que no existe intercambio que pueda resultar “desequilibrado”. Y si fuera una “cláusula”, entonces el art. 1.2 de la Directiva la colocaría fuera del control de abusividad, ya que se limitaría a reproducir una norma legal cuya legitimidad constitucional o comunitaria el juez nacional no puede someter a control de esta clase.



www.uclm.es/centro/cesco

Se queja el magistrado autor de esta sentencia de que, con el sistema extrajudicial de ejecución, ningún juez estaría *ahí* para declarar eventualmente de oficio la nulidad de la cláusula en entredicho. Nueva falacia. Para empezar, le célebre STJUE *Aziv* de 14 marzo 2013 no suministra el argumento, porque debe recordarse que la base de la discusión era si allí si el consumidor podría disponer *de alguna instancia judicial* en la que resolver su queja de abusividad, ya fuera en el propio juez de la ejecución o en el juzgador de un procedimiento declarativo en el que se litigase con carácter de principal la nulidad en abstracto de la cláusula. Para el estándar de la sentencia *Aziv* el nivel de protección requerido queda satisfecho si es el juez de la ejecución el que realiza el control de abusividad que si lo es un juez externo con poder para suspender cautelarmente el procedimiento de ejecución. Y es notorio que en nuestro caso el procedimiento de ejecución notarial puede ser indiscutiblemente suspendido en vía cautelar por el juez que vaya a conocer o esté conociendo del juicio de fondo sobre la validez de la cláusula, que no precisa ser un juez con competencia sobre la ejecución del título hipotecario.

Pero, se dirá, no es lo mismo. Porque en el sistema de ejecución judicial el juzgador puede proceder de oficio en términos del art. 552 LEC, aunque el demandado se encuentre en rebeldía, mientras que para actuar cautelarmente *desde fuera* sería precisa una conducta activa del consumidor, como la de interponer una demanda cautelar. Y es cierta esta diferencia. Pero repárese qué descaminada es la observación, por lo que sigue.

Si el Derecho comunitario ha conferido a los jueces nacionales la potestad de controlar de oficio una eventual nulidad, y resulta que el juicio de ejecución no se está ventilando ante un juez, nada obsta a que cualquier juez pueda *de oficio* suspender cautelarmente aquella ejecución. Bastaría que el juez en cuestión (¡todos los jueces serían competentes!) estuviera advertido de la existencia de dicho procedimiento de ejecución. Y para eso no haría falta que se estimulara el ejercicio de su competencia por medio de una demanda; bastaría que el interesado, el fiscal, un tercero, pidiera al juez en cualquier forma de conocimiento del asunto.

Pero por las consecuencias devastadoras del argumento se induce mejor su tontería. Si la cosa es así como sostiene el juez de Palma, entonces también será nulo el procedimiento de ejecución notarial de las prendas conforme al art. 1872. Seguro que hay una cláusula en el contrato de prenda que contiene cita o remisión a este precepto, lo que bastaría, según va la cosa, para dar por existente una “cláusula” susceptible de control. Y luego, el argumento sería el mismo que el que desarrolla el juez de Palma. Mas no deberemos contentarnos con demonizar las malditas prendas notariales.



www.uclm.es/centro/cesco

Arrumbemos también con la ejecución pignoraticia de “mercado” de los arts. 322 a 324 CCom. Y con el arbitraje comercial en el que halle empeñado un consumidor, y con el arbitraje de consumo, porque en ninguno de estos casos se encuentra presente una *auctoritas* judicial para declarar oracularmente y de oficio la nulidad de lo que se le ocurra. Y ya de paso, derroquemos las condiciones resolutorias expresas pactadas en los contratos de compraventa y cualquier otro procedimiento de “autoliquidación” privada convencional, como puede ser la retención de cantidades en concepto de cláusula penal o la suspensión o interrupción de suministros eléctricos, de gas, de telefonía, que practican unilateralmente las compañías suministradoras sin que haya sido convocado un juez que pueda decir si alguna o muchas de estas cláusulas (¡las propias cláusulas de suspensión del servicio por impago!) son nulas. Ni podría la policía municipal instruir un procedimiento de multa por vertido de basura en la acera, pues no habría allí un juez civil para decidir de sopetón si acaso no será nula la condición general contenida en la Ordenanza local que prohíba tirar basura en las aceras.

Y a reír, que son dos días...