

UN NUEVO (Y ESTA VEZ DEFECTUOSO) PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE SOBRE EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO ESPAÑOL

Angel Carrasco
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Dr. Karolina Lyczkowska
Professional Support Lawyer en DLA Piper, Madrid

Fecha de publicación: 21 de julio de 2014

1. Una resolución confusa, mal construida y peligrosa

En la Europa de los juristas existe una generalizada curiosidad sobre la naturaleza y singularidades de nuestro sistema de ejecución procesal hipotecaria. A costa de la LECiv y de la LH, todos los juristas de esta Europa que se despacha entre Luxemburgo y Bruselas andan a la espera de cuál será la próxima cuestión prejudicial instada por algún sesudo juez español y relativa al maridaje perverso entre el Derecho de cláusulas abusivas y el Derecho procesal hipotecario español. Cabe preguntarse si el resto de los países se sentirán afectados por lo que viene diciendo el TJUE, o si todos actúan como si la cuestión fuera cosa idiosincrática del extraño sistema jurídico español, que, como todos recordamos, y como el gazpacho de verano, *is different*. ¿Se sentirán, por ejemplo, concernidos los ingleses por las declaraciones y fallo de esta sentencia de 17 julio 2014? A diferencia del conocimiento del Derecho español que demuestra el Abogado General, los jueces de la Sala no se manejan ni medio bien con el sistema hipotecario español, pero seguro que todos han visto alguna vez en su vida la excelente película *Full Monthly* y saben cómo se las traen los acreedores isleños a los que el mísero consumidor no paga las letras de la tele o de la nevera. Allí no sólo no hay apelación ni oposición; allí no hay ni siquiera procedimiento jurídico.

Esta sentencia tenía que solucionar un pequeñito problema (un *ridiculus mus*), aunque sólo fuera por las exigencias de congruencia, pero para responderlo el tribunal ha escenificado *el parto de los montes*, en una sentencia poco cuidada, confusa, torpe, hecha con prisa y sin estudio. Veremos el daño que esta desdichada sentencia hace a nuestro maltrecho sistema hipotecario, del que dentro de poco se podrá decir que *todos lo mataron y él solito se murió*.

2. Los hechos

La sentencia del TJUE de 17 julio 2014 resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón que deriva de un proceso de ejecución hipotecaria sobre una vivienda. En una de las cláusulas del préstamo se pactó el interés moratorio de 19%, mientras que en el momento de la ejecución el tipo de interés legal en España era de 4%. Cuando el banco acreedor inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria, los deudores se oponen a ésta, si bien la causa que invocan es un vicio de forma del título, dado que en marzo 2013 todavía no se había promulgado la Ley 1/2013 que añadió las cláusulas abusivas al elenco de las causas de oposición. La oposición es desestimada, pero los consumidores interponen el recurso de apelación ante la AP de Castellón.

El órgano remitente le plantea al TJUE sus dudas acerca de la compatibilidad de la Directiva 93/13 con la legislación procesal española que sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de la cláusula invocada, y excluye el recurso en todos los demás casos (art. 695.4 LECiv). La Audiencia pregunta también por la compatibilidad de esta normativa con el art. 47 de la Carta que instituye el derecho a la tutela judicial efectiva¹.

La resolución del TJUE es bastante confusa y se aparta notoriamente de la opinión del Abogado General presentada el 3 de julio 2014 en relación con este caso. Con todo, la opinión aclara algunos puntos que no se abordan en la sentencia y por tanto debe leerse conjuntamente con la resolución del Tribunal.

¹ Transcribimos las cuestiones planteadas:

1) *¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[...], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[.] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición?*

2) *En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[...], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[.] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?*

3. La opinión del Abogado General

El Abogado General parte de una cuestión preliminar: qué tiene que ver este caso con la Directiva de las cláusulas abusivas invocada por la Audiencia Provincial de Castellón. Como observa en su opinión, la norma procesal señalada no se refleja en ninguna de las disposiciones contractuales del título ejecutivo y además, aunque así fuera, de acuerdo con la Directiva, las cláusulas contractuales que transcriben disposiciones legales imperativas no pueden someterse al control de abusividad. Los ejecutados no se opusieron a la ejecución invocando el carácter abusivo de una de las cláusulas, sino un vicio de forma del título ejecutivo. Con todo, dado que se menciona que el préstamo hipotecario contenía una cláusula de intereses de demora de 19 % y que las cuestiones planteadas por un tribunal nacional gozan de la presunción de pertinencia, el Abogado General concluye que no puede excluirse que lo que se está discutiendo realmente en este asunto es el carácter potencialmente abusivo de dicha cláusula.

Hay que tener en cuenta que la oposición se presentó en marzo 2013, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que añadía las cláusulas abusivas al elenco de las causas que pudieran invocarse. No obstante, el juez de Castellón no se pronunció sobre la oposición hasta el 19 de junio 2013, por lo que la Ley 1/2013 ya había entrado en vigor en aquel momento y el juez tenía la posibilidad de examinar de oficio la cláusula de intereses moratorios y ordenar el sobreseimiento de la ejecución, si lo entendiese procedente. Además, en virtud de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, se otorgaba a los demandados la posibilidad de formular un incidente extraordinario basado en la nueva causa de oposición en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley, cosa que no hicieron. Con todo, la sentencia del TJUE finalmente no aborda este punto, sino que pasa directamente a responder a las cuestiones planteadas.

3.1 Diferencia con el caso Aziz

En segundo lugar, el Abogado General recuerda que la sentencia *Aziz* reprochaba a España que en la normativa interna no se permitiera al consumidor alegar la existencia de las cláusulas abusivas en el título ejecutivo para oponerse en el procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, en aquella resolución no se cuestionaba el procedimiento de ejecución hipotecaria en sí mismo, sino “su articulación con una acción de declaración de nulidad de la cláusula o cláusulas consideradas abusivas”. En el caso de los autos que luego dieron lugar a la STJUE de 17 julio 2014, en opinión del Abogado General la cuestión prejudicial sólo se refiere a la norma procesal del artículo 695, apartado 4, de la LEC, que no permite interponer un recurso ante una instancia superior cuando la resolución del juez que ha conocido del procedimiento de ejecución hipotecaria es desfavorable para el consumidor deudor.

3.2 Principio de equivalencia y principio de efectividad

La Directiva 93/13 no establece ninguna disposición sobre el número de instancias encargadas del control judicial de las cláusulas contractuales incluidas en su ámbito de aplicación. Por otro lado, como ha declarado en varias ocasiones el TJUE, la normativa procesal pertenece al ámbito de autonomía de los Estados Miembros y sólo puede oponerse al Derecho de la Unión en dos casos: (i) cuando la regulación procesal destinada a garantizar los derechos derivados del ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables un trato menos favorable que la relativa a las situaciones similares de Derecho interno, en cuyo caso se vulnera el principio de equivalencia, o (ii) cuando se haga, en la práctica, imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en cuyo caso se contraría el principio de efectividad. Según el Abogado General, en este supuesto no se vulnera ninguno de los dos principios, por las siguientes razones.

En relación con el principio de equivalencia, en la normativa procesal española la norma aplicable a los motivos de oposición basados en la Directiva 93/13 es comparable a la norma aplicable a los motivos de oposición basados en disposiciones de Derecho nacional. En efecto, el artículo 695 de la LEC excluye el recurso de apelación del demandado en todos los casos, ya se base en el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato hipotecario o en otros motivos de oposición contemplados en dicho artículo.

Respecto del principio de efectividad, es importante tener en cuenta que el Derecho de la Unión no exige a los Estados Miembros que establezcan una segunda instancia judicial. Los derechos de los consumidores están eficazmente protegidos cuando el consumidor dispone de la posibilidad de invocar la existencia de cláusulas abusivas ante el juez que conoce de la oposición formulada contra una ejecución hipotecaria y cuando el juez está facultado para examinar de oficio la existencia de tales cláusulas y, en su caso, suspender el procedimiento de ejecución, como se constató en la sentencia *Aziz*. En el caso de los autos, los demandados pudieron oponerse en base la causa cuarta del art. 695 LECiv gracias a la Disp. Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 y el juez tuvo la posibilidad de valorar de oficio la abusividad de las cláusulas.

3.3 Derecho al recurso de apelación del auto que decide sobre la oposición

El Abogado General afirma también que la imposibilidad de interponer un recurso de apelación frente al auto que desestima la oposición no les priva a los ejecutados de un recurso que permita un pronunciamiento sobre el fundamento de su pretensión de nulidad de cláusulas contractuales que estimen abusivas en un juicio declarativo.

Señala que el carácter del procedimiento ejecutivo es muy diferente del declarativo y la normativa española en todo caso deja a salvo el posible debate sobre las cuestiones que puedan afectar a la validez del título en el marco de un proceso totalmente contradictorio. Es más, el auto que decida la inadmisión de la causa de oposición en un ejecutivo sólo circumscribe sus efectos al procedimiento ejecutivo. Añade el Abogado General que aunque el juez del declarativo no suspenda la ejecución al encontrar abusivas ciertas cláusulas del título, la efectividad de la protección conferida por la Directiva 93/13 queda suficientemente garantizada por la posibilidad adicional que la normativa nacional aplicable al procedimiento de ejecución ofrece a los consumidores y al juez de oponerse a la ejecución hipotecaria.

Respecto de la desigualdad de armas entre el profesional y el ejecutado, disponiendo sólo el primero de ellos de la posibilidad de recurrir el auto que decide sobre la oposición, el Abogado General entiende que tal situación no atenta al Derecho de la Unión y se explica por la propia naturaleza del procedimiento. Al tratarse de un procedimiento basado en la presunción de la validez del título que goza de fuerza ejecutiva, el principio debe ser seguir con la ejecución. El procedimiento de ejecución se basa precisamente en la protección del titular de un título ejecutivo privilegiado en aras a que pueda realizar su derecho, sin perjuicio de que, como se ha dicho, el ejecutado pueda acudir a un proceso declarativo plenamente contradictorio para que se analicen sus pretensiones a fondo. Por tanto, no se vulnera el principio de efectividad en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva con este trato desigual en materia de recursos respecto del auto que resuelve sobre la oposición, pues basta que se garantice al menos que el consumidor pueda esgrimir la abusividad de las cláusulas del título ejecutivo como motivo de oposición.

4. La sentencia

La sentencia del TJUE se aparta notablemente del criterio del Abogado General. Para empezar, aunque la Audiencia Provincial no va más allá de la pregunta sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la desigualdad en la posibilidad de plantear un recurso de apelación respecto de la decisión judicial sobre la oposición, la sentencia del TJUE la “reformula” cuando en el ap. 21 constata que el órgano remitente pregunta si la Directiva 93/13 y la Carta se oponen a *“un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en*

apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.” Por tanto, introduce las cuestiones relacionadas con (i) la imposibilidad de suspender el ejecutivo por el juez del declarativo y (ii) la imposibilidad de restitución in natura cuando la venta forzosa ya se haya llevado a cabo, aunque la resolución en el declarativo le sea favorable al ejecutado. Esta construcción *se repite luego en el fallo* en el que se decide que efectivamente existe incompatibilidad.

No está claro si estas dos cuestiones que se “cuelan” se introducen como elementos igualmente sometidos a juicio de compatibilidad con el Derecho de la Unión o sólo sirven para describir el procedimiento ejecutivo español, sin que el reproche final de la sentencia recaiga en ellos, sino justamente en lo que ha planteado la AP de Castellón. En cualquiera de los dos casos sólo sirven para aumentar la confusión.

A continuación la sentencia hace una serie de menciones introductorias. Recuerda que el sistema comunitario de protección del consumidor se basa en que éste se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad como al nivel de información, por lo que el juez nacional debe poder declarar de oficio la abusividad de una cláusula y el consumidor debe poder formular en el marco del procedimiento de ejecución una oposición basada en la existencia de las cláusulas abusivas en el título. Estas cuestiones fueron abordadas en la sentencia *Aziz* que posteriormente dio lugar a una serie de cambios en la Ley procesal española mediante la Ley 1/2013. Según la sentencia, esta modificación suscitó una “problemática inédita” en relación con la inexistencia de la posibilidad de apelar el auto que desestima la oposición en base a la causa 4ª del art. 695 LECiv.

Con todo, la sentencia recuerda que los mecanismos de ejecución forzosa no están armonizados en la UE y sus distintas modalidades previstas en la legislación nacional deben considerarse compatibles con el Derecho comunitario siempre que respeten el principio de equivalencia y el principio de efectividad. Con respecto al primero de ellos, la sentencia comparte el criterio del Abogado General (aunque lo articula de una forma un tanto confusa), pero en relación con el principio de efectividad, estima que la normativa procesal española lo vulnera.

Añade que la obligación de los Estados Miembros de garantizar la efectividad de los derechos de la Directiva 93/13 implica una exigencia de tutela judicial. Con todo, ello no significa que deba existir necesariamente una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal. No obstante, continúa diciendo que si se tiene en cuenta el lugar que el art. 695 LECiv ocupa en el conjunto del

procedimiento, “resultan ineludibles las siguientes consideraciones” que el Tribunal deriva de la documentación que le fue remitida.

4.1 El consumidor en el marco del ejecutivo español

La sentencia indica que según las normas procesales españolas puede ocurrir que un procedimiento de ejecución hipotecaria que tenga por objeto una vivienda sea incoado a instancia de un profesional sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga. A juicio del Tribunal, este trato privilegiado que se concede al profesional hace aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener una tutela judicial eficaz. Además, el juez español puede, pero no está obligado a, realizar un control de oficio de las cláusulas abusivas. Finalmente, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar, se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni ésta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución en curso de tramitación, salvo en el supuesto residual de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Como se expresa la sentencia, “habida cuenta de las mencionadas características, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta”, dado que el juez de la ejecución habrá llevado a lo sumo un somero control de las cláusulas del título y la tutela del consumidor en el marco de un procedimiento declarativo no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Y este carácter meramente indemnizatorio de la reparación constituye una protección incompleta e insuficiente, según el Tribunal, y no es un medio eficaz para que cese la aplicación de la cláusula abusiva.

4.2 Desigualdad de armas

En segundo lugar, el art. 695 LECiv coloca al profesional en una situación de superioridad respecto al consumidor ejecutado en lo que atañe a la tutela judicial en

relación con el acceso a la apelación y por tanto, “el sistema procesal controvertido en el litigio principal pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13”. Es más, “un sistema procesal de este tipo 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 constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13”. Finalmente, la sentencia entiende que el desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria en España resulta contrario al principio de igualdad de armas, que forma parte del principio de tutela judicial efectiva.

Por tanto, la resolución concluye que “un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor” porque incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes y los consumidores como deudores ejecutados en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, “máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía”.

4.3 El fallo

Según el fallo, “procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.”

5. Comentario

5.1 El art. 695.4 LECiv no respeta la exigencia de tutela judicial efectiva.

La sentencia no puede haber ido más lejos de lo que fue la cuestión planteada desde Castellón. Los principios de congruencia y tutela judicial así lo requieren. Lo que se plantea es si el art. 695.4 LECiv es conforme con el Derecho comunitario de cláusulas abusivas, en la medida en que permite al ejecutante apelar el auto que sobresee el procedimiento, pero no permite al ejecutado la apelación cuando el juez desestima la causa de oposición. Creemos que éste es el contenido exclusivo de la cosa juzgada formal y material de la sentencia.

Antes de seguir adelante vamos a dejar en claro nuestra posición sobre este punto, para que no parezca que las críticas que siguen proponen la subsistencia de un sistema de recursos no equilibrado. Creemos, en efecto, que el art. 695.4 LECiv *no es compatible con las exigencias constitucionales españolas*. Si, por virtud de la sentencia *Aziz*, nos hemos visto obligados a colar en el art. 695 LECiv una nueva causa de oposición, no podemos luego mostrar nuestro descontento con la racanería en materia de recursos. Si el ejecutante (banco) puede apelar, el ejecutado consumidor ha de poder apelar.

Es curioso que el Abogado General defienda, por el contrario, la racionalidad (¿consumerista o constitucional?) de este precepto, sobre la base de que el ejecutante dispone en su favor de una presunción de validez y legalidad de su título de ejecución. La verdad es que se podían hacer consideraciones escépticas sobre este punto. Es cierto que el título hipotecario inscrito goza de la presunción de validez de los asientos registrales. Pero, aunque lo hagan en ocasiones, ni Notarios ni Registradores están de hecho *especialmente cualificados* para decidir con la autoridad necesaria en Derecho si un interés del 19% es o no abusivo, que es de lo que se trataba en origen. Esta apreciación no pertenece al dominio del Derecho que estos profesionales han de conocer y conocen mejor que los profanos. De cierto, en la apreciación sobre el “techo” de abusividad, no hay ningún argumento *jurídico* especialmente cualificado. Tampoco el del juez es más cualificado que el del Notario, pero no podemos incurrir en un regreso infinito y al final ha de existir alguien que tenga la última palabra.

5.2 El art. 695.4 LECiv nada tiene que ver con el régimen armonizado de cláusulas abusivas.

El art. 695.4 LECiv no es una cláusula contractual y en consecuencia, no es susceptible de contraste con la Directiva 13/93. No sólo porque se trata de una norma jurídica y no de una cláusula contractual, sino porque, además, la norma no

tiene ningún contenido remotamente relacionado con la Directiva de cláusulas abusivas, porque se trata evidentemente de un precepto de naturaleza procesal.

El precepto no tiene que ver siquiera con el motivo de oposición relativo a la abusividad de cláusulas hipotecarias, sino que afecta a todos los motivos de oposición del art. 695 LECiv, y por eso mismo es ajeno incluso al *mundo jurídico de los consumidores*. En general, el ejecutado cuyo motivo de oposición se desestima *prima facie*, no puede apelar. El discurso consumerista de la sentencia está descaminado, porque el ejecutado de los tres primeros números del art. 695.1 LECiv no es necesariamente un consumidor, y no será ordinariamente un consumidor. En consecuencia, puede que nuestro Derecho procesal haya consagrado una desigualdad de armas procesales entre ejecutante y ejecutado, pero no entre empresarios y consumidores.

En consecuencia, el TJUE carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto tal como se lo formula la Audiencia de Castellón. Ni tan siquiera una sentencia desestimatoria en el fondo hubiera tenido sentido. La consulta era *impertinente en el contexto de la Directiva 93/13* y por ello debería haber sido despachada sin más.

¿Pues qué diremos ahora y a qué rincón oscuro mandaremos la Carta Europea de Derechos Humanos cuando en el futuro un sujeto no consumidor, que ha visto sumariamente despachada su oposición de pluspetición (nº 2 del art. 695.1 LECiv), se presente ante alguien con *imperium* para quejarse que se le está tratando discriminatoriamente frente al consumidor del nº 4? O manejamos el asunto en el terreno del Derecho de consumo, y entonces la cuestión y la sentencia son impertinentes, o la planteamos desde la perspectiva del principio de no discriminación, y en este caso son otras las Directivas y otros los procedimientos que proceden.

5.3 Más allá del art. 695.4 LECiv

Con todo, no vamos a hacer cuestión del asunto que venimos comentando. Aceptemos que la consulta era pertinente y que la respuesta es la adecuada. Aquí habría acabado la cosa. El ejecutado consumidor puede apelar el auto desestimatorio de su oposición.

Lo peor es lo que sigue, el fárrago del discurso, la apariencia de argumentación, la barbarie que todo lo confunde. Glosemos al Tribunal.

Según parece al Tribunal, lo malo del sistema español no es el asunto de la apelación asimétrica del art. 695.4 LECiv, sino *el sistema de ejecución hipotecaria*

en su conjunto. En efecto, “un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición”.

¿Qué es lo malo del sistema de ejecución hipotecaria vigente en España? En primer lugar, que la ejecución no pueda ser suspendida por una decisión (cautelar) del juez que esté conociendo de un declarativo – suponemos que relativo a cláusulas abusivas. Es un sin sentido. En el momento de incorporar la *doctrina Aziz*, el legislador español podía haber optado por reconocer aquella posibilidad o habilitar al propio juez de la ejecución para apreciar, incluso de oficio, la existencia de una cláusula abusiva que impidiese el despacho de ejecución. Es evidente que lo segundo es mucho más favorable para el consumidor. Lo primero exige un procedimiento declarativo independiente, con el consumidor como actor, con un coste notablemente superior en tiempo y recursos. ¿De dónde sale ahora la historia del juez del declarativo? Seguro, de haber leído conjuntamente los hechos de este caso con los fundamentos de la sentencia *Aziz*, cosa que sólo aceptamos como posible si se trabaja con una gran confusión de ideas, donde se mezclan *el juez del declarativo del que se hablaba en la sentencia Aziz* y, sospechamos, el juez del declarativo posthipotecario que se trata en el art. 698 LECiv. En todo caso, el asunto del juez del declarativo no tiene nada que ver con la cuestión planteada por la Audiencia española, que estaba operando como órgano de ejecución hipotecaria. No hace falta desarrollar más este asunto.

Seguimos. Por otra razón el sistema español se repudia también. Resulta que el juez del declarativo sólo podrá condenar en el mejor de los casos al pago de una cantidad de dinero, pero el consumidor (que no podía apelar) habrá perdido la vivienda. No sabemos en qué papel habrá estudiado este asunto el Tribunal europeo. Léase el art. 698 LECiv. Todas las reclamaciones que excedan de las causas tasadas en el art. 695 LECiv se ventilarán en un procedimiento declarativo que no suspende la ejecución. El ejecutado podrá solicitar cautelarmente la retención de las cantidades obtenidas por el ejecutante con la venta de la finca. Para “perder irremisiblemente la vivienda” debe ocurrir que el adjudicatario de la subasta sea un tercero de buena fe al cual no le sería oponible la causa de nulidad del título. Hipótesis bien ficticia, porque en la realidad hipotecaria española el adjudicatario es siempre el banco o un *proxy* del banco que no merecerá la condición de tercero registral del art. 34 LH; frente al banco siempre se puede recuperar el inmueble.

Con todo, representémonos la hipótesis ficticia. Aparece un tercero, que puja y adquiere la vivienda conforme al art. 670 LECiv. El deudor hipotecario que ganase el subsiguiente pleito contra el banco no podría recuperar la casa. Bueno, la cosa no es tan grave, porque el banco habría de responder por daños y perjuicios o restituir por el art. 1307 CC una cantidad de dinero equivalente al precio que correspondiera a la vivienda en cuestión en el momento *en que más valió*, ya sea al tiempo de la subasta, ya al tiempo de la ejecución de la sentencia contra el banco.

Pero no nos detengamos tampoco aquí. Queremos la vivienda y precisamente esa vivienda que un tercero se había quedado por comprarla en subasta. ¿Y qué le vamos a hacer? Eso nos va a pasar con y sin oposición del art. 695 LECiv, *con y sin apelación*. Porque pueden existir *diversas situaciones fuera del ámbito de la Directiva 93/13* en que un deudor consumidor no puede oponerse y pierde la vivienda. Imaginemos que el sujeto consumidor que ha querido oponer una tercería de dominio, pero carece de asiento inscrito no contradictorio. No se puede oponer, y queda remitido al art. 698 LECiv, perdiendo la vivienda. O que pretende que la deuda hipotecaria se ha extinguido por pago, pero no dispone de una certificación registral que declare que el asiento hipotecario está cancelado. O que jura y perjura que le están reclamando mayor cantidad que la debida, pero no dispone del medio de oposición singular del nº 2 del art. 695 LECiv. O que enseña un documento privado incontrovertiblemente firmado por el banco en el que éste daba o parecía dar una prórroga o una quita. Y un larguísimo etcétera.

Como decimos, esta *gravísima* carencia del Derecho español no se solucionaría ni siquiera con la dichosa apelación en sede del art. 695.4 LECiv, porque también el tribunal de apelación se puede equivocar y decidir que se siga adelante con el procedimiento. Suponiendo- no es seguro- que esta confirmación del auto originario no produjera efecto de cosa juzgada material, y posteriormente el deudor volviera a reincidir en la materia en una vía declarativa, una vez abocado a la tesitura de que, ganando el pleito nuevo, perdía la casa y debía conformarse con dinero. Se nos objetará que la cosa no sería de esta manera, porque, existiendo apelación disponible, el auto de la Audiencia cursaría como cosa juzgada material. Aparte de que este argumento dejaría inmune la consideración sustancial de que el sujeto pierde la casa de todos modos, tampoco es aceptable en términos de sistema normativo. Reparemos en la relación entre el art. 695.4 y 698.1 LECiv y concluiremos en que el ejecutado que se ha opuesto a la ejecución por cualquiera de las cuatro causas del precepto, y ha visto desestimada su oposición, tampoco tendría literalmente acceso al art. 698 LECiv. Este precepto se refiere a “cualquier otra reclamación que no se halle comprendida” en el art. 695 LECiv. Es decir, a pesar de no haber dispuesto de apelación, el ejecutado hizo una reclamación que sí estaba

comprendida en el art. 695 LECiv. Por ello, o el ejecutado no disponía de apoyo para instar un proceso independiente declarativo (en el que “pierde la casa” pero ganan un dinero que no consuela) o si disponía de este recurso, a pesar de que su reclamación “estaba comprendida” en el art. 695 LECiv, en tal caso también dispondrá de acceso a proceso declarativo nuevo aunque en el art. 695 LECiv hubiera podido apelar.

En definitiva, a juicio del tribunal “el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta”.

La cuita del Tribunal sólo se solucionaría si definitivamente se borrara del mapa el entero sistema de ejecución hipotecaria. Más aún, habría que dilapidar también el mismo procedimiento ejecutivo ordinario. Se nos ofrece entonces en sueño la Tierra Prometida de una hipoteca sin ejecución, en la que todo se podrá probar y refutar en un juicio plenario de declaración, sin causas tasadas, procedimiento largo y moroso, salpicado de una miríada de recovecos incidentales de previo pronunciamiento.

5.4 Y, de paso, una andanada al procedimiento de ejecución notarial

En pleno desmelenamiento discursivo, al Tribunal se le viene a la cabeza que también existe en España un malévolo sistema de ejecución hipotecaria notarial, *“incoado a instancia de un profesional sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga”*. No se habrían imaginado por nada del mundo los buenos notarios españoles que iban a ser arrastrados también a la plaza pública a propósito de la dichosa apelación del art. 695.4 LECiv. La acusación que hace el Tribunal no sólo es gratuita e impertinente de todo punto, sino que revela otra vez un profundo desconocimiento de la legalidad española. Notarios y Registradores son en España funcionarios públicos (no *sheriffs* ni *receivers*) sujetos al principio de legalidad, que no están al servicio de una u otra de las partes enfrentadas. Pero aunque así no fuera, la normativa española ya se cuida de prevenir el peligro que el Tribunal invoca, porque la Ley 1/2013 impide la continuación de la ejecución notarial cuando el consumidor ha impugnado ante un juez una cláusula hipotecaria como abusiva.

5.5 Conclusión

Queremos suponer que la cosa no irá más adelante que la de la modificación correspondiente del art. 695.4 LECiv, cosa factible ahora que se encuentra en el Congreso otra reforma de la legislación hipotecaria. Pero esta sentencia ha dejado



www.uclm.es/centro/cesco

“tocada” la hipoteca española de una forma que no resultaba necesaria para ser congruente en la resolución de la cuestión prejudicial. Lo malo del caso es que la hipoteca española está ya muy “tocada” por dedos groseros de todo porte, que verán con buenos ojos el incremento de confusión que ahora se echa encima. Esperemos la próxima cuestión prejudicial y el nuevo parto de los montes.