

LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE REFORMA HIPOTECARIA Y LA ARTICULACIÓN PROCESAL DEL CONTROL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA¹

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

Modos de construir el control hipotecario de las cláusulas abusivas

Como es sabido, la STJUE de 14 de marzo de 2013 declaró que la normativa española sobre ejecuciones hipotecarias se opone a la Directiva 93/33/CEE por no contener mecanismos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, así como por no permitir al juez que aprecie la existencia de cláusulas abusivas adoptar medidas cautelares (como la suspensión de la ejecución). Desde entonces no ha dejado de especularse en España en qué lugar y manera debería habilitarse la suspensión del procedimiento hipotecario cuando el ejecutado hiciera valer (con o sin éxito) la existencia de cláusulas abusivas en el título.

En CESCO ya se ha dado noticia suficiente de la jurisprudencia civil posterior a la STJUE y de las posiciones colectivas tomadas por jueces de diversas jurisdicciones sobre cómo articular la exigencia relativa a la revisabilidad de las cláusulas no negociadas dentro o fuera del proceso de ejecución hipotecaria².

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, 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”)

² Noticia CESCO: “Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas”. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/acuerdosCAbusivas.pdf>

Nota jurisprudencial CESCO: “Los juzgados españoles no tardan en aplicar la doctrina del TJUE: se suspenden las ejecuciones hipotecarias”.

<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/35.pdf>

Cualquier solución que se proponga debe ser respetuosa con el principio de *apreciabilidad de oficio* de las cláusulas abusivas y su control, que es irrenunciable aunque el legislador abra la posibilidad de una oposición de parte deudora en el proceso de ejecución (cfr. STJCE 4.6. 2009 (TJCE 2009, 155, asunto Pannon GSM, TS en la STS 1 julio 2010 (RJ 2010, 6554; Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, 5.7.2011, AC 2011, 2075). A propósito del procedimiento ordinario de ejecución y en juicios monitorios, la jurisprudencia favorable al control de oficio era ya abundante con anterioridad a la STJUE que ahora nos ocupa y previsiblemente no va a ser afectada por la nueva doctrina³. La sentencia europea actual reafirma su validez en sede de ejecuciones hipotecarias.

Esto comporta que, como poco, la ley de reforma de la LEC en este punto tiene que abrir dos espacios procedimentales distintos y sucesivos para la práctica del control de abusividad. O, cuando menos, dos iniciativas concurrentes, y no podrá entregarse el control de abusividad al principio dispositivo de parte, pues no será ocurrencia inusual que el deudor hipotecante no se encuentre en el proceso, habiendo desatendido el requerimiento de pago e permaneciendo indiferente al despacho de ejecución. En teoría no existe ninguna objeción fundamental para optar por la solución inversa, ni conculca la doctrina de la sentencia europea que el procedimiento de ejecución hipotecario siguiera blindado frente a las oposiciones de parte – siempre que se dejara abierta la posibilidad de una paralización cautelar producida fuera del proceso de ejecución (i)-pero susceptible de un control eventual tomado por iniciativa del juez de la ejecución. Se garantizaría así que el proceso no iba a ser interrumpido por oposiciones temerarias si al juez le constara *prima facie* que el título hipotecario no contenía defectos. Pero la propuesta no tiene sentido práctico y rápidamente entraría en conflicto con las exigencias ordinarias del principio de tutela judicial efectiva.

Opciones procesales posibles

³ Nota jurisprudencial CESCO: “La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial”. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/26.pdf>

Nota jurisprudencial CESCO: “Nulidad del interés de demora por abusivo y validez del interés retributivo de 24,60% no sujeto a moderación judicial al no ser un pacto penal indemnizatorio o sancionador”. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/23.pdf>

Nota jurisprudencial CESCO: La Audiencia de Salamanca aplica la doctrina del TJUE conforme a la cual las cláusulas abusivas se eliminan si el contrato puede subsistir sin las mismas. no está facultado el juez nacional para proceder a la reintegración contractual, puesto que ello animaría a los profesionales a utilizarlas” <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/33.pdf>

Trabajo de investigación CESCO: ¿Puede el Juez denegar el despacho de la ejecución por considerar abusivo el pacto de intereses contenido en el documento que sirve de título ejecutivo extrajudicial? <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/29/controlClausulasAbusivas.pdf>

En el procedimiento ejecutivo ordinario – y esto vale sólo limitadamente para el ejecutivo hipotecario- el control judicial y de parte sobre la consistencia y procedencia del despacho de ejecución se articula en dos fases.

Iniciado el proceso de ejecución con la demanda ejecutiva (arts. 549 y 550), los requisitos (“formales”) del título que condicionan su eficacia ejecutiva (es decir, poder acudir al proceso de ejecución) son controlables de oficio por el juez *inaudita parte debitoris* antes de dictar el auto que contiene la orden general de ejecución y acuerda el despacho de la misma (art. 551.1), o a instancia de parte, una vez despachada la ejecución, por el cauce de la oposición fundada en motivos procesales (art. 559.1-3º).

En cambio, los requisitos “materiales” de la obligación documentada, que afectan a su existencia y exigibilidad (y al quantum) y, por tanto, a la acción, solo pueden controlarse a instancia de parte, una vez la ejecución (ordinaria) ha sido despachada⁴; en el bien entendido que esta oposición es más amplia (arts. 557-558) que la que el ejecutado puede plantear en la ejecución con base en un título judicial, pero también limitada; por eso, la resolución estimatoria de la misma es “a los solos efectos de la ejecución”: art. 561.1. Obsérvese lo que dice el art. 575.2: “Sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva”; y mucho menos, porque entienda que es menor de la realmente debida.

Si hemos de introducir una instancia de control de abusividad en el seno del procedimiento hipotecario, podemos optar por residenciar el control en una u otra fase o en ambas. Pero también podemos desplazar el control fuera del juicio ejecutivo.

En teoría, la introducción de un incidente de control de abusividad de cláusulas hipotecarias podría conseguirse por el legislador de las siguientes formas:

1. El control se practicaría de oficio y su resolución formaría parte del auto que debería haber sido de despacho de ejecución y requerimiento de pago (art. 686 LEC). Supuesto que el juzgador apreciara la existencia de una cláusula abusiva que hubiere sido determinante para provocar el vencimiento de la deuda y despacho de la ejecución (vgr. causas de vencimiento anticipado no admisibles, etc) el juez decidiría por auto conforme al art. 552 LEC que no concurren los

⁴ Hay cuestiones fronterizas de ubicación discutible, como si la obligación contenida en el título, y por ende la ejecución, es solidaria o mancomunada.

presupuestos para el despacho de ejecución Este control *in limine litis* estaría limitado a las cláusulas no negociadas que hubieren de reputarse abusivas por una causa cualquiera *no cuantitativa*. Se trasladaría con esto al juicio hipotecario la regla que ya ha devenido práctica común en el juicio ejecutivo ordinario y en el monitorio en nuestros tribunales (por ejemplo, Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, 5 julio 2011, AC 2011, 2075).

2. En los mismos términos anteriores, el juez resolvería de oficio que, al existir una causa de nulidad *cuantitativa*, por ejemplo sobre tipo de intereses de demora excesivos o sobre cláusulas suelo/techo abusivas, la cantidad no sería líquida en los términos de los arts. 571-573 LEC. La opción es deficiente desde el punto de vista técnico. La existencia de cláusula abusiva *cuantitativa* no implica iliquidez de la deuda. No lo sería aunque el juez borrara *in limine litis* la cláusula en cuestión. Si lo abusivo eran los intereses o la forma en que éstos se capitalizaron, el hecho de que el juez aprecie la nulidad de la cláusula de intereses o del pacto de capitalización no impedirá que la deuda siguiera siendo líquida, pues la ejecución podría seguir por la cantidad que se adeude, sin computar los intereses excesivos o capitalizados indebidamente. Además, la inclusión de la cláusula en cuestión produciría en su caso un defecto de pluspetición, que no sería susceptible de control de oficio *in limine litis*.
3. Antes o después de despachar ejecución⁵, el juez daría traslado a la parte demandada por un plazo determinado, para que eventualmente formulara oposición del art. 557 o 695 LEC, en este caso en el seno del procedimiento de ejecución.
4. Un Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 abril 2013, La Ley 24927/2013, propone un inespecífico momento intermedio entre el despacho de ejecución (que no se puede negar en el procedimiento especial hipotecario) y la celebración de subasta, para que el juez realice de oficio un examen de la posible nulidad de una cláusula relevante, dando traslado a las partes para que se manifiesten.
5. Como el art. 695 LEC no establece plazo ni trámite para formular las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, el ejecutado podría siempre formular oposición en cualquier fase del procedimiento, sobre la base de la existencia de

⁵ No existe una objeción decisiva a que el juez convoque a la demandada a audiencia antes del despacho de la ejecución.

una cláusula abusiva, que se despacharía por el trámite del art. 695 LEC. Salvo que se entendiera – lo que parece razonable a tenor del art. 681.1 LEC- que en este particular resulta aplicable el plazo de oposición de diez días del art. 557 LEC y que el juez debe señalarlo así en el auto de despacho de ejecución, que contendría también una advertencia de la posibilidad de articular la oposición por los medios del art. 695 LEC.

6. Además del control de oficio (incuestionable, a la luz de la jurisprudencia comunitaria), no habría otra modalidad de control de las cláusulas abusivas que la formulación de una demanda declarativa de nulidad de cláusulas ante el juez competente, que, a instancia de parte, dictara medida cautelar de suspensión del procedimiento de ejecución. La suspensión sería el contenido – y la requeriría- de la medida cautelar
7. El juez de la ejecución suspendería el procedimiento (analogía art. 697 LEC) cuando el ejecutado acreditara haber interpuesto acción de nulidad de cláusula en el procedimiento declarativo correspondiente. Sin perjuicio del indeclinable control de oficio, y sin cuestionarse si el juez del declarativo ha ordenado o no la medida cautelar en cuestión. Es el sistema seguido ahora en sede de ejecución notarial de hipoteca en el art. 129.2 f) LH, reformado por la Ley 1/2013.

La solución en el texto de reforma de la legislación hipotecaria aprobado en el Congreso de los Diputados⁶

Si aceptamos que el art. 552 LEC tiene aplicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria por remisión (implícita) del art. 681.1, el proyecto propondría dos modos de incrustar en el proceso de ejecución hipotecaria el control de abusividad de cláusulas. Primero, se modifica el art. 552 y se permite que el juez, bajo de la condición previa de apreciación *inaudita parte* de posible abusividad de la cláusula, dé audiencia “por cinco días” (sic) a las partes sobre este extremo. Segundo, se introduce una nueva causa de oposición a la ejecución en el art. 695, cuando el ejecutado alegue la abusividad de alguna cláusula del título. En ambos casos, la existencia de un reproche de abuso que afectara a la *cantidad* debida cursaría como una excepción de pluspetición, incluso

⁶ Trabajo de investigación CESCO: “Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”.

<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/16.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/15/pdfs/BOE-A-2013-5073.pdf>

articulada de oficio, pero no impediría que se despachara o continuara la ejecución por la cantidad corregida.

La solución que se acaba de proponer no es enteramente congruente. Los arts 552 y 695 no tienen el mismo alcance, aunque es cierto que puede existir solapamiento entre ambos. El art. 552 instaura control de oficio por el juez, y el trámite de audiencia es para que las partes se manifiesten sobre la apreciación judicial de nulidad. Es decir, no se reconoce al consumidor la posibilidad de alegar la nulidad de la cláusula en esta fase o instancia. Esta función la cumple el proyectado 695, donde el consumidor podrá alegar causas adicionales de abusividad. Pero el proyecto no excluye expresamente la posibilidad de oposición por las mismas cláusulas que el juez, en su caso, considerase no abusivas al despachar la ejecución. Ciertamente que no debe hablarse en este caso ni de preclusión ni de cosa juzgada en el seno del mismo procedimiento, pero la dualidad de oportunidades para litigar sobre lo mismo sería un incentivo perverso a las conductas entorpecedoras. Si se ha producido el incidente de audiencia del art. 552, no tiene justificación que luego pudiera el ejecutado oponerse a la ejecución mediante la alegación autónoma de la causa de oposición en cuestión, especialmente si el auto del art. 552 hubiera mandado seguir adelante la ejecución.

Al respecto, vamos a ordenar distintos escenarios, suponiendo por ahora que el art. 552 LEC es también aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria. Primero, el juez aprecia la posibilidad de una cláusula abusiva relevante en la ejecución y cita a las partes para audiencia, que se produce, en efecto, pero el juez manda seguir adelante la ejecución, finalmente convencido de que no existe una objeción de abusividad. Es evidente por sentido común que en el auto que despacha ejecución, requiere de pago, y advierte de la posible oposición por las causas del art. 695, el juez deberá advertir que no podrá reproducirse por la causa 4ª del art. 695 el extremo ya resuelto. Segundo, en las condiciones expuestas, el ejecutado (ninguno de ellos) acude a la audiencia, el juez es convencido por el acreedor de la licitud de la cláusula sospechosa, y mandar seguir adelante por los términos ordinarios. Entendemos precluido el derecho de oponer este mismo extremo como causa de oposición del art. 695.4º. Tercero, el juez no hace uso de la posibilidad del art. 552, en cuyo caso el ejecutado puede oponer la existencia de una cláusula abusiva relevante conforme al art. 695.4º. Cuarto, el juzgador ha hecho uso o no de la posibilidad del art. 552, el ejecutado ha opuesto o no la causa de oposición en cuestión, oposición que ha sido resuelta en términos desestimatorios, pero posteriormente el juez *advierte* que puede existir una (o una distinta) causa de nulidad de alguna cláusula relevante para la ejecución no cubierta por la preclusión de los arts.

552 y 695. ¿Podrá abrir de nuevo la audiencia contradictoria de cinco días? En mi opinión, sí, por la propia lógica de las competencias judiciales de apreciación de oficio.

Mas no está claro que el art. 552 LEC reformado sea aplicable a la ejecución hipotecaria. Y no porque con ello se instauraría un ineficiente sistema de doble control para el mismo fin, porque este doble control redundante ha sido expresamente sancionado para el ejecutivo ordinario con la modificación correspondiente del art. 557, similar en este particular al nuevo art. 695.4º. La duda proviene de que no se haya hecho en el art. 685/686 LEC una restricción semejante a la realizada en el art. 552, y se hubiera pretendido, acaso, residenciar el control de cláusulas ejecutivas en la fase de oposición del art. 695 LEC. Mas esta opción carece de lógica con el sentido de la reforma y no sería respetuosa con la exigibilidad del control de oficio. Bastaría que, como no es extraño, el ejecutado no se personara para que se esfumara la posibilidad de controlar la posible existencia de cláusulas abusivas. Por esta razón, el control de oficio es irrecusable.

Tampoco el art. 695 LEC constituye la sede óptima para localizar un debate contradictorio sobre la abusividad de una cláusula. Si se repasan las cláusulas históricas de “oposición” del art. 695 LEC, se comprueba que se trata de objeciones “formales”, de rapidísima apreciación, apenas contradictoria. Probablemente por ello no era precio habilitar un incidente específico para hacerlas constar, ni un plazo de audiencia y contradicción. De hecho, la reforma de 2013 no ha borrado esta impresión de que el tratamiento de las causas de oposición debe ser expedito. De otra forma no se entiende que, a pesar de existir plenitud de *cognitio* en el art. 695.2, sin embargo la desestimación de la oposición fundada en el carácter abusivo de la cláusula no produzca efectos generales de cosa juzgada, como claramente se reconoce ahora en el art. 695.4 reformado. Yo creo que la razón no puede ser otra que la inexistencia de vía de recurso de apelación contra el auto desestimatorio de la oposición.

Es correcto no haber abierto la posibilidad de que en un procedimiento judicial distinto del ejecutivo hipotecario se pudiera tomar una medida cautelar cuyo contenido fuera la suspensión del procedimiento hipotecario en curso o la inhibición de la ejecución hipotecaria futura. Esta propuesta sería un absurdo. No es una especialidad del procedimiento de ejecución hipotecaria español (como supuso el TJUE), sino un rasgo que pertenece a la esencia de todo procedimiento judicial, que ningún juez disponga de la competencia para inhibir o suspender cautelarmente el ejercicio de sus competencias por otro juez, sin importar el tipo de procedimiento judicial al que la cautela se quiera referir. Si una sentencia declarativa declara nula una cláusula hipotecaria, la sentencia

producirá el lógico efecto de cosa juzgada positiva en el procedimiento de ejecución autónomo hipotecario, que todavía no haya sido instado por el acreedor. Pero no puede suspender un procedimiento ya iniciado, de cualquier clase que fuere, salvo en aquellos casos en que la ley así lo disponga. No puede ser contenido de una medida cautelar condicionar o inhibir a otro juzgador en el ejercicio de sus competencias. Desde luego, sería inadmisibile que se suspendiera el procedimiento de ejecución con la simple acreditación de que en un procedimiento de declaración se ha solicitado del juez competente la nulidad de una cláusula hipotecaria; a pesar de que la Junta de jueces de Primera Instancia de Alicante acabe de hacer público un criterio en que se acuerda esta suspensión en los términos que aquí se critican⁷.

La solución óptima tiene que respetar a la vez las exigencias de apreciabilidad de oficio y de no redundancia. No basta con abrir una nueva causa de oposición a la ejecución, porque el ejecutado puede simplemente – y tiene incentivos a ello- permanecer en rebeldía. Pero tampoco tiene justificación dividir y duplicar las instancias de control. Como es insoslayable que el juez pueda ejercer en último caso el control de oficio, la solución más económica hubiera sido la de abrir *en todo caso*, y no sólo cuando el juzgador considere *prima facie* que una cláusula puede ser abusiva, un incidente de audiencia y oposición (de diez días, por ejemplo), una vez realizado el examen de admisibilidad de la demanda ejecutiva, y antes de despachar ejecución y requerir de pago al deudor. Este trámite debería haber sido el único en que se pudieran formular alegaciones sobre la abusividad de las cláusulas hipotecarias. Se ahorrarían de esta forma trámites procesales innecesarios y la gestión de la certificación registral del art. 688 LEC.

⁷ Noticia CESCO: “Acuerdo de los jueces de Alicante respecto a las cláusulas abusivas”. <http://www.uclm.es/centro/cesco/noticias.asp>