

Colaboracións

La aparente rigidez del procedimiento hipotecario

JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ SEIJO
Maxistrado

La publicación en el Boletín Oficial del Estado del 10 de marzo de 2012 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos plantea algunas incógnitas en cuanto a su aplicación, incógnitas en cuanto a su utilidad práctica y en cuanto al modo en el que se habrá de aplicar. Estas dudas sin embargo no deberían restar trascendencia a la decisión legislativa no tanto por sus efectos prácticos —será muy complicado cumplir con todos y cada uno de los requisitos legales que pueden permitir acogerse a estas medidas excepcionales—, cuanto por la ruptura de uno de los grandes tabúes de nuestro derecho patrimonial: la inmodificabilidad del procedimiento hipotecario.

Tras ese RD se han planteado nuevas medidas destinadas a paliar los efectos de las ejecuciones hipotecarias en familias afectadas por la crisis económica, concretamente el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Este Decreto se encuentra en febrero de 2013 en trámite de convalidación ante las Cortes y con ocasión del mismo se ha reactivado el debate político, jurídico y social sobre la posibilidad de modificar la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución hipotecaria.

Hace algunos años —4 o 5 sin ir más lejos— cualquier debate jurídico estructurado a partir de las ideas de: suspensión del procedimiento hipotecario, imposición de la dación en pago para la completa liberación del deudor... era considerado casi subversivo y marginal; sin embargo la intensidad de la crisis económica y la presión social han hecho que en pocos meses el debate sobre la dación de pago se haya convertido en un lugar común para políticos y juristas. La dación en pago hoy por hoy no puede ser considerada una opción revolucionaria destinada a hacer saltar por los aires nuestro sistema financiero y patrimonial, sino una alternativa razonable que puede hacer que miles de familias no queden en el umbral de la exclusión social.

En esta discusión uno de los problemas teóricos y prácticos que queda sin resolver tras el RDL 6/2012 y el RDL 27/2012 es el referido al encaje de estas medidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ya que sigue dando cierto respeto reformar el procedimiento de

ejecución hipotecaria —artículos 681 a 698 de la LEC—. Sin embargo una aproximación a vuela pluma a la historia legislativa y jurisprudencial española tras la Constitución de 1978 permite afirmar que esa aparente rigidez, intangibilidad, del procedimiento hipotecario no es cierta y que se han afrontado reformas importantes como consecuencia de las dudas generadas por la legalidad constitucional del procedimiento hipotecario.

En primer lugar debe advertirse que no es correcto afirmar que el préstamo con garantía hipotecaria ha sido el modo habitual en el que los ciudadanos han accedido a la propiedad de sus viviendas; esa afirmación es correcta si se circunscribe a los últimos 10/15 años, pero desde una perspectiva histórica más amplia puede afirmarse que los ciudadanos españoles tuvieron serios obstáculos para poder acceder a estos sistemas de financiación por la volatilidad de los intereses aplicados, tradicionalmente muy elevados —sin ir más lejos a principios de la década de los 80 del siglo pasado era habitual que los préstamos hipotecarios tuvieran intereses remuneratorios superiores al 12/15%—, de ahí que no todas las economías familiares pudieran arriesgarse a estas fórmulas de financiación en préstamos a largo plazo. Hasta que no se estabilizan los tipos de interés, a lo largo de los años 90 del siglo pasado, el préstamo hipotecario era muy costoso.

Tampoco es cierto que la población española estuviera especialmente obsesionada por el acceso a la propiedad de la vivienda: nuestra legislación arrendaticia hasta el año 1985 era muy favorable al arrendatario, habilitando contratos de arrendamiento indefinidos y sometidos a rígidos instrumentos de actualización de la renta. No es hasta el llamado decreto Boyer, liberalizador del mercado arrendaticio, cuando se erradican los contratos indefinidos, y hasta la derogación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuando los ciudadanos dejan de considerar el arrendamiento como un instrumento estable y seguro, y se ven abocados a la compra, entre otras razones porque junto con los bajos tipos de interés los incentivos fiscales a la compra determinaron que fuera más económico comprar con el amparo de un préstamo a largo plazo, que alquilar una vivienda.

Por lo tanto la «locura» inmobiliaria española se debe fundamentalmente a razones de política legislativa que se producen a lo largo de dos décadas: desde 1993 hasta 2007 ya que la Ley del Mercado Hipotecario a finales de 2007 (Ley 41/2007 de 7 de diciembre) ya introdujo algunos límites al acceso a estas fórmulas de financiación, aunque por otra parte terminó de abrir las puertas para la «titulización» de las pólizas hipotecarias.

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico en materia de ejecución hipotecaria está en un proceso de revisión cuyo alcance está todavía por definir, no sólo por las iniciativas legislativas en trámite, sino también por la pendencia de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que pueden obligar a redefinir el papel del juez en el despacho de ejecución y en los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria. No es sencillo, por lo tanto, analizar cuál será el marco legal de futuro. El objetivo de este breve trabajo se reduce básicamente a analizar el actual marco legal, las luces y sombras del mismo.

El Tribunal Constitucional a partir de 1978 en diversas ocasiones había puesto en duda la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria sobre todo por los mecanismos de requerimiento de pago y el modo en el que se ponía en conocimiento de los ocupantes de los inmuebles la existencia de un proceso de ejecución. El artículo 704 de la LEC debe entenderse en esta clave de tutela constitucional a terceros ocupantes que no hayan sido parte del proceso de ejecución previo al lanzamiento:

1. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar, fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el Secretario judicial les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.

Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga.

2. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el Secretario judicial responsable de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación.

El ejecutante podrá pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 675.

El artículo 675, referido a la posesión judicial y los ocupantes del inmueble establece:

1. Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado.

2. Si el inmueble estuviera ocupado, el Secretario judicial acordará de inmediato el lanzamiento cuando el tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él. Los ocupantes desalojados podrán ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio que corresponda.

Cuando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. La petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda.

3. La petición de lanzamiento a que se refiere el apartado anterior se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que señalará el Secretario judicial dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieren sin justa causa.

4. El auto que resolviera sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, cualquiera que fuere su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

Una primera aproximación a estos preceptos —reformados en el año 2009— nos permite destacar:

1. Que la LEC establece un plazo de «gracia» por razones sociales cuando en el supuesto de inmuebles que sean residencia habitual se establece una prórroga en el lanzamiento de un mes. Sin embargo en los decretos que ha impulsado el Gobierno durante el año 2012 las suspensiones de los lanzamientos no se han canalizado por

medio de los preceptos citados sino por medio de un trámite de alegaciones no bien definido procesalmente.

2. Con la finalidad de que los terceros ocupantes no queden en situación de indefensión se habilita un trámite a partir de la presentación de documentos y una vista que concluye con una resolución judicial que tiene la virtualidad de no desplegar efecto de cosa juzgada, es decir, habilita tanto al adquirente como a los ocupantes —en función de quien haya visto sumariamente aceptadas sus pretensiones— reproducir las mismas alegaciones en un procedimiento declarativo independiente.

El procedimiento de ejecución hipotecaria no podía contentarse con realizar un requerimiento formal sobre el inmueble y debía buscar el conocimiento efectivo del ocupante, del deudor y del titular del inmueble. Hay varios pronunciamientos en sede de amparo en los que, sin atreverse a tachar de inconstitucional el proceso de ejecución, sin embargo reclaman la aplicación de un régimen de garantías procesales similar al del resto de procedimientos civiles, de este modo se eludió la posible declaración de inconstitucionalidad de algunas de las normas del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

El hecho de que en el año 2000, con la reforma integral del procedimiento civil que da lugar a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (L1/2000), se vacíe prácticamente de contenido procesal el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y se traslade ese contenido a los preceptos citados de la LEC responde a la necesidad de que el procedimiento de ejecución hipotecario goce de un régimen procesal similar al del resto de procedimientos de ejecución, pese a ello se mantiene la posibilidad de requerimiento extrajudicial de pago y se mantiene un sistema de oposición a la ejecución extremadamente rígido.

Sin embargo la LEC 2000 debe considerarse un paso positivo en cuanto a la inmersión del procedimiento de ejecución en el régimen de garantías de otros procedimientos no sólo en cuanto a la aplicación del sistema general de citaciones y emplazamientos —artículo 155 y concordantes de la LEC—, sino también fundamentalmente por el régimen de tutela de los ocupantes de los inmuebles que ya he reseñado.

A la vez que se elaboraba el proyecto de LEC en el filo entre el siglo XX y el XXI y se discutía en el Parlamento, se dictó alguna sentencia por el propio Tribunal Supremo en el que se cuestionaba la legalidad del vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, se cuestionaba no dentro del procedimiento de oposición a la ejecución, sino en los procedimientos declarativos subsiguientes, iniciados una vez efectuada la subasta.

Es interesante evocar aquí la sentencia dictada por el Supremo en el año 1999 en el que se ponía en duda que por un incumplimiento puntual pudiera vencer anticipadamente un préstamo programado a varios años de pago, sentencia que fue determinante en la introducción del artículo 693.3 de la LEC que permite la rehabilitación del préstamo si el deudor regulariza sus pagos en el instante anterior al lanzamiento pagando la deuda vencida y la parte proporcional de intereses y costas, siempre que se trate de vivienda habitual.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 se produce en el marco de un procedimiento declarativo, no en un proceso de ejecución; en la misma se planteaba la posible unidad de un préstamo con garantía hipotecaria y en ella se realizaban interesantes advertencias en el Fundamento Jurídico Quinto:

En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe

preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del C. Civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes.

Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...».

Los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como lo regula nuestro Derecho sustantivo.

Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado.

Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Está obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados en la Ley Hipotecaria.

Solo conseguiría enervar esa obligada paciencia recaudatoria si consigue incluir en el contrato la mal denominada condición resolutoria del préstamo, por virtud de la cual puede precipitarse el impago hacia el vencimiento anticipado del contrato. Según las cláusulas habituales de las escrituras, el impago de un plazo del capital o de los intereses actúa como condición resolutoria del aplazamiento.

Por ello, como esta condición consigue adulterar las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios representa un pacto de gran trascendencia práctica, que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica. Es un añadido de gran importancia que modifica el curso normal de estos créditos y, por tanto, capaz e engendrar evidentes secuelas civiles y fiscales.

El art. 127 de la Ley Hipotecaria claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito. Dice este precepto. «Si el comprador no quisiera la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

La hipoteca vigente, el deudor-propietario ha desfallecido en el pago de uno de los vencimientos semestrales o no ha atendido su obligación para saldar un período de intereses. El acreedor, impaciente, mueve los resortes para la oportuna enajenación forzosa del bien hipotecado. El mejor postor consigue la adjudicación de la finca, pero la hace suya con la carga de la hipoteca que garantiza los plazos todavía no devengados. Este es el desenlace preestablecido por la ley. Pero el artículo 127 le concede una opción: o asume el bien y soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido o bien puede recibir la finca libre de cargas, cancelándose el gravamen, si previamente consigna la cantidad debida, que habrá descontado del precio de venta.

El artículo 127 demuestra elocuentemente que la situación creditual ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiese constreñido por la

necesidad de respetar el plazo convenido hasta sus últimas estribaciones temporales, propiciaría en el artículo 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las cosas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado todos los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie.

Pero la ley lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfana expresiva a este respecto: se deposita el dinero «para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugarla anticipadamente.

Hubiese sido más cómodo para todos (incluso para el acreedor al que se le respeta el montante de los intereses por todo el tiempo que ha de transcurrir) que la ley se decantase no hacia un depósito proyectable en el tiempo, sino por la fórmula del pago por consignación, con eficacia momentánea.

Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen *contra legem* y están teñidos de nulidad.

Si se considera que cumplen una finalidad lícita debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes.

En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras.

La cita es muy extensa pero su interés y significado, sobre todo ponderada casi quince años después, cuando los préstamos se conceden a 30 o 40 años, adquiere muchísimo interés, sobre todo porque además este análisis se realiza en el marco de un préstamo solicitado por un promotor, es decir, no nos encontramos ante un contrato firmado por un consumidor. En el marco de una relación mercantil el Supremo puso de manifiesto sus dudas sobre la bondad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

A partir de esta cita conviene analizar si las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento son o no realmente abusivas; en este punto siguiendo a la mejor doctrina puede afirmarse que «Desde el punto de vista cuantitativo, cabría preguntarse qué grado de incumplimiento se exige para dar por resuelto el contrato. Pregunta que no puede contestarse de forma abstracta, sino que deberá hacerse deteniéndose a valorar y analizar el supuesto concreto y las circunstancias en el que se desenvuelve (importe total de la deuda, trayectoria seguida por el cliente, garantías de cobro, etc.)»¹.

Siguiendo el análisis de este mismo autor —MARTÍNEZ DE SALAZAR—, que sintetiza perfectamente el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia, se menciona la

1. LUCIO MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, en el trabajo «Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales», en el libro colectivo: *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*. Colección Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2005.

sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2000 que declara abusiva la cláusula por la que la entidad podrá considerar vencida la totalidad de la cantidad prestada, en caso de falta de pago total o parcial, a su vencimientos, de una cualquiera de las cambiales recogidas en la escritura de préstamo hipotecario, ya sean dichos vencimientos consecutivos o alternos. La nulidad de dicha cláusula deviene —prosigue el Tribunal Supremo— porque la entidad prestamista no puede exigir al amparo de la misma el reintegro de los plazos vencidos, representados en el caso enjuiciado por las cambiales liberadas, sino también las letras de cambio pendientes de vencimiento, y que comprenden en su importe la amortización de capital y de los intereses, pues dicha cláusula resulta notoriamente abusiva y perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor, y comporta una posición de desequilibrio entre prestaciones de las partes. Todavía más, si la resolución anticipada tiene lugar en los primeros momentos del contrato, exigiéndose unos intereses correspondiente a períodos de tiempo aún no transcurridos.

Esta primera aproximación a la posible consideración de las cláusulas de vencimiento anticipado como cláusulas abusivas nos permite desplegar tres tipos de consideraciones:

1. La LEC al ver el estado de la cuestión en el año 2000 habilitó en el artículo 693 dos posibles mecanismos para paliar estas consecuencias:

- a) La posibilidad de sacar el bien a subasta sólo por las cantidades vencidas y debidas:

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

- Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

- b) La posibilidad de «enervación» de la ejecución hipotecaria si se atiende al pago del conjunto de cantidades vencidas y no pagadas —principal, intereses y gastos—:

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

- Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Como se ha indicado pese a los avances observados en materia de notificación y requerimiento al deudor y a los ocupantes, pese a los avances en cuanto a las posibilidades de rehabilitación de los contratos de un modo similar al de la enervación arrendaticia, lo cierto es que el régimen de oposición al procedimiento hipotecario seguía siendo extremadamente severo y limitado —artículos 695,696, 697 y 698 de la LEC—.

2. Que todas las resoluciones dictadas en orden a la declaración de una cláusula como abusiva no se realizan en el marco de un procedimiento de ejecución, sino en el procedimiento declarativo posterior, normalmente iniciado una vez se haya producido la subasta judicial y el lanzamiento.
3. No ha tenido entrada formal en el procedimiento de ejecución el reconocimiento al juez de facultades en orden al control de oficio de las posibles cláusulas abusivas². Debe tenerse en cuenta que si se difiere ese control a un procedimiento declarativo posterior se diluyen las posibilidades de que la resolución judicial que se dicte sea realmente efectiva, dado que si se ha producido la realización del bien y su adquisición por un tercero las posibilidades de que el consumidor afectado por la cláusula abusiva se reducen sensiblemente al quedar sólo la expectativa de una hipotética indemnización de daños y perjuicios que normalmente deberá compensarse con la deuda —normalmente no negada— existente.

Conviene examinar si el proceso de ejecución hipotecaria español establece mecanismos para que el juez pueda analizar, antes del despacho de ejecución, si el título que ejecuta puede incluir cláusulas abusivas; antes una consideración previa que tiene que ver con la distinción entre la deuda, el contrato en base al cual se genera la deuda, y la garantía.

En el proceso de ejecución hipotecaria se ejecuta exclusivamente la garantía, aunque se haya de aportar el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta ley exige

2. Facultades sintetizadas en la Sentencia 14 de junio de 2012, Asunto 618/2010, Caso Banesto: «41. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse las sentencias, antes citadas Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48).

42. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro, antes citadas, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49)».

para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente ley.

En las normas específicas sobre ejecución hipotecaria —artículos 681 a 696— no hay referencias particulares sobre la competencia del juez ante el despacho de ejecución. El párrafo primero del artículo 551 de la LEC al abordar el contenido de la orden general de ejecución y el despacho de la ejecución establece que: «Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma».

Puede afirmarse, por lo tanto, que las facultades del juez en el momento del despacho de ejecución se reducen exclusivamente a un control formal del título que tiene por objeto determinar si el mismo cumple con los requisitos procesales para que se pueda despachar ejecución. Esos presupuestos procesales son los que refiere el artículo 517 de la LEC, es decir, que se trate «Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

Por lo tanto, en primer lugar, hay que advertir que en el sistema de ejecución hipotecaria español el juez no dispone de facultades específicas para analizar el contenido del contrato en base al cual se constituyó la garantía hipotecaria; incluso no dispone de facultades específicas para analizar la propia garantía hipotecaria en la medida en la que lo que dota de fuerza ejecutiva a la garantía es sencilla y llanamente que se encuentre recogida en una escritura pública. Por lo tanto esa es en puridad la única operación que debe realizar el juez, la de comprobar que la garantía se ha constituido en una escritura pública.

Sin embargo puede suceder, de hecho sucede, que el juez realiza una tarea indagatoria respecto del modo en el que se ha producido la fuerza ejecutiva del título; esta competencia no debería quedar ni mucho menos vedada en nuestro procedimiento de ejecución ya que el TJUE ponderando los distintos elementos que confluyen en un procedimiento judicial ha afirmado:

Pues bien, en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35)³.

Cierto es que estas afirmaciones se realizaban dentro de un juicio monitorio, pero los mismos argumentos deberían poderse aplicar a un procedimiento ejecutivo. Pero también hay pronunciamientos respecto de demandas ejecutivas, así lo permite la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

3. Asunto C-618/2010, Sentencia de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito; cuestión Prejudicial instada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula⁴.

Entendiendo que el juez tienen facultades para realizar esa tarea indagatoria, la siguiente cuestión que debe plantearse es qué consecuencia tiene que el juez detecte una cláusula abusiva. De nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da una clave sobre estas consecuencias:

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constata la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor⁵.

Por lo tanto si se detecta una cláusula abusiva el juez no debe moderar sus consecuencias, no debe modificar la cláusula para adaptarla a un marco no abusivo, sino que lo que tendrá que hacer es tenerla por no puesta.

No acaba aquí esa tarea indagatoria dado que si el juez puede «eliminar» esas posibles cláusulas abusivas debe establecerse con precisión las consecuencias de esa supresión. En este punto debe advertirse que:

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible⁶.

4. Asunto C-40/2008, Sentencia de 6 de octubre de 2009. La pregunta que realizaba el magistrado se refería a las facultades del juez para decretar la nulidad de una cláusula que a la postre podría dotar de fuerza ejecutiva a un documento, concretamente una cláusula de sometimiento a un procedimiento arbitral para la resolución de conflictos, arbitraje que finalmente se celebra con el consumidor en rebeldía y que da lugar a un laudo que es el que se ejecuta. El juzgado que planteaba la pregunta era el Juzgado de 1ª Instancia n.º 4 de los de Bilbao.

5. Sentencia caso Banesto, ya citada.

6. De nuevo la sentencia Banesto.

En el ordenamiento jurídico español la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril, establece en su artículo 9 que:

La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectará a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

A partir de estas consideraciones parece necesario descender a supuestos concretos que pudieran estar incluidos en los documentos en base a los cuales se despacha ejecución: (1) Una cláusula de vencimiento anticipado que pudiera reputarse abusiva al imponer al deudor el cargo de satisfacer no sólo el principal adeudado, sino una fórmula de determinación de los intereses que generaría el préstamo durante su vigencia y los gastos de gestión de los recibos. (2) Una cláusula de determinación de intereses moratorios superior al 23%.

Si el juez llega a la conclusión de que una de estas cláusulas, u otras como la fijación de una cláusula suelo para los intereses, son abusivas las consecuencias de dicha declaración serían su eliminación del contrato. La eliminación del contrato de la cláusula de vencimiento anticipado tendría como consecuencia que no se pudiera tener por resuelto el contrato y, por lo tanto, que no pudieran reclamarse al deudor la totalidad de las cantidades adeudadas, con ello la consecuencia sería clara: el título en cuestión perdería su fuerza ejecutiva al establecer la liquidación en base a una cláusula que ha sido declarada nula.

En el caso de que la cláusula cuestionada fuera una cláusula de intereses las consecuencias afectarían a la liquidación de los mismos y, por lo tanto, la pérdida de la fuerza ejecutiva se vincularía bien a la iliquidez de una parte de la deuda, bien a la advertencia de un error en el cálculo de esos intereses. Sin que parezca posible que el juez al despachar ejecución pudiera realizar un ajuste de dichas cantidades.

En definitiva las consecuencias de ese posible control de oficio del contenido del contrato sería que el título carecería de fuerza ejecutiva.

Sin embargo el contenido de la LEC puede llevar a conclusiones distintas de las que alcanzamos si aplicamos la jurisprudencia que hasta ahora ha sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así los artículos 695 —referida a los motivos tasados de oposición a la ejecución— 696 —tercerías de dominio— y 697 —prejudicialidad penal— establecen un marco de oposición extremadamente rígido para el deudor, de manera que cualquier otra cuestión, incluida la posible nulidad del título, deberá debatirse fuera del procedimiento de ejecución. El artículo 698 referido a las reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores, establece que:

1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se

ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.

Las limitaciones son evidentes puesto que la remisión a dichos procedimientos declarativos, por trascendentes que fueran, no paraliza el procedimiento de ejecución hipotecaria, concretamente no evita la subasta, únicamente permite en casos excepcionales y con la correspondiente fianza el depósito del fruto de la subasta. Medida a todas luces insuficiente y gravemente perjudicial para el deudor que ya ha perdido la posesión del inmueble; además debe tenerse en cuenta que si no hay postores y el inmueble se adjudica al acreedor con la garantía real no hay verdadero desembolso económico, sino única y exclusivamente aplicación del valor del inmueble a la cancelación de toda o parte de la deuda garantizada.

Conviene advertir que estas limitaciones en cuanto a los motivos de oposición afectan legalmente a la parte ejecutada pero no parece posible, a la vista de la jurisprudencia comunitaria referenciada, extender estas limitaciones a las facultades de control de oficio que se reconocen al juez.

Avanzando en este análisis histórico y entrando en otro bloque de cuestiones que afectan al procedimiento hipotecario debe advertirse que no es cierto que no viniera regulada la dación en pago en nuestro sistema, en primer lugar porque la propia Ley Hipotecaria permitía que las partes pactaran préstamos limitados al valor del inmueble, de modo que entregando el inmueble se liberara al deudor, únicamente que para poder aplicar estos mecanismos liberatorios era necesario que se pactara expresamente en el título. En la práctica bancaria durante los últimos 20 años no hay prácticamente ninguna referencia a que alguna entidad financiera hubiera permitido la aplicación de esta modalidad de préstamo garantizado al común de sus clientes y ello pese a que el incesante incremento del precio del suelo durante décadas hubiera justificado, cuanto menos desde la perspectiva del mínimo riesgo asumido, este tipo de cláusulas.

De igual manera el artículo 640 de la LEC cuando se refiere a la adjudicación directa como medio para evitar la subasta judicial permitía que con el visto bueno del acreedor pudieran instrumentarse adjudicaciones directas de los bienes hipotecados con efectos liberatorios. De hecho hasta el inicio de la crisis económica las adjudicaciones directas realizadas al amparo del artículo 640 de la LEC suponían en muchos casos la cancelación de la totalidad de la deuda existente, eso sí atribuyendo a la entidad financiera la plusvalía del inmueble.

De hecho se realizaron muchas daciones en pago antes de la crisis económica entre otras razones porque la revalorización de los inmuebles hacían que el acreedor que recibía

en pago un inmueble rápidamente pudiera ver satisfecha su deuda e incluso obtener alguna ganancia revendiendo el inmueble una vez recibido.

El problema, por lo tanto, no se encuentra tanto en la dación en pago como en dos factores que parecían accesorios y que finalmente han demostrado ser demoleedores:

1. Los valores de tasación de los inmuebles se establecían con gran generosidad atendiendo a esa permanente escalada de precios, de modo que las tasaciones no siempre coincidían con el valor real de mercado, permitiendo al deudor con esa misma garantía ver incrementada la cantidad percibida;
2. El desplome del mercado inmobiliario ha determinado que algunos inmuebles no hayan podido venderse en pública subasta de modo que no sólo se puede afirmar que los precios han podido caer entre un 15 y un 30%, sino que en algunos inmuebles puede afirmarse que no hay mercado.

En este contexto una norma relativamente reciente cual es la Ley Concursal ya permite en el artículo 155 de su texto legal fórmulas de dación en pago que permitan al acreedor con privilegio especial, al acreedor hipotecario, recuperar el bien en pago o para pago de su deuda. En principio este artículo 155 LC podría aplicarse tanto a las situaciones de insolvencia de personas jurídicas como en la de personas físicas. Sin embargo puede afirmarse que la Ley Concursal ha fracasado en su objetivo de poder canalizar de modo ordenado las insolvencias de los particulares, hasta el punto de que durante el año 2012 sólo se han presentado 811 solicitudes de concursos voluntarios de particulares⁷.

En estos sistemas de dación en pago había un elemento determinante dado que sólo se podían llevar a efecto con el consentimiento del acreedor, nunca se podían imponer en contra de la voluntad del acreedor hipotecario.

Con el inicio de la crisis económica algunos juzgados y tribunales cuestionaron de nuevo primero la legalidad de la pervivencia de la deuda no saldada con la ejecución hipotecaria —así el célebre auto cancelatorio de la Audiencia Provincial de Navarra—; después cuestionaron también la constitucionalidad no tanto del procedimiento hipotecario cuanto el hecho de que adjudicado el bien en pago al acreedor por falta de postores el resto de deuda pudiera seguir siendo exigida en procedimiento ejecutivo general.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional en el año 2011 rechaza de plano cualquier debate sobre la constitucionalidad del procedimiento hipotecario. El Tribunal Constitucional no ha querido reabrir un debate que históricamente había mantenido respecto de la adecuación de las normas de ejecución a las exigencias y parámetros constitucionales.

Queda, pese a todo, por afrontar un debate si se quiere más ambicioso y amplio que es el de determinar si el procedimiento de ejecución hipotecaria español respeta los parámetros mínimos exigidos para la tutela de consumidores y usuarios en el ámbito comunitario, dudas que se plantean en la cuestión prejudicial C415/2011, en la que se solicita del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que valore si el sistema de ejecución hipotecario español es respetuoso de los derechos de los consumidores en tres puntos básicos.

7. En otros países con una legislación más completa en materia de insolvencia de particulares como Francia, Alemania, Bélgica o Estados Unidos, el número de particulares que se han acogido a estas fórmulas de gestión de la insolvencia se cuentan por decenas de miles durante este mismo año 2012.

¿El sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos? Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

- a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado[s] en un largo lapso de tiempo —en este caso 33 años— por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.
- b) La fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18%— que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los caso[s] en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.
- c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

No se ha dictado todavía sentencia pero lo cierto es que la Comisión Europea en su informe de febrero de 2012 advierte que la LEC puede no ser respetuosa con esos derechos si mantiene un sistema de oposición por cláusulas abusivas que sólo se puede activar una vez efectuado el lanzamiento al deudor; tampoco es respetuosa si los intereses moratorios que se pudieran aplicar al deudor fueran desproporcionados.

Llegados a este punto y a la espera del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo y el desarrollo práctico del RDL 6/2012 y la posible ampliación o modificación de los supuestos en los que se pueda aplicar, puede afirmarse que el procedimiento de ejecución hipotecaria español no debe ser considerado de un modo rígido e inquebrantable, que puede dar lugar a diversas lecturas y que debe buscarse una aplicación que sea acorde con las exigencias y necesidades de una realidad social extremadamente compleja. ☼