

Las ejecuciones hipotecarias y el nuevo Código de Consumo de Cataluña

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La modificación de la Ley 22/2010, del Código de Consumo de Cataluña, operada por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, se propone principalmente incrementar las garantías de los consumidores en la contratación de préstamos o créditos hipotecarios. En particular, se refuerzan los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, con la finalidad de que lleguen a ser sistemas eficaces para solucionar los conflictos que se susciten entre las partes y, de esta forma, evitar la judicialización de procesos.

El interés que la nueva ley tiene para la presente nota es limitado. No nos cuestionamos problemas competenciales —trabajo en gran parte baldío— ni tampoco pretendemos ir más allá en la crítica del sistema empachoso, abrumador, de información precontractual, que duplica —pero a peor— los estándares de cumplimiento de la Orden EHA/2899/2011, creando serios problemas por la perplejidad de simultáneos e irreconciliables estándares normativos. Tampoco comentaré el impacto que puede tener en el mercado que sea una administración autonómica la que asume la competencia de transponer el régimen de «evaluación de solvencia» en la contratación hipotecaria, que forzosamente ha de acometer el Estado cuando decida implantar la Directiva 2014/17 UE, y precisamente en el cuerpo de la Ley Hipotecaria (LH).

1. El informe administrativo de evaluación del deudor

Con el objetivo que se acaba de mencionar se incorpora al texto del Código de Consumo catalán el artículo 131-3, referido a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo en materia de crédito o préstamo hi-

potecario, según el cual, en los «conflictos de consumo derivados de contratos de crédito o préstamo hipotecario» que afecten a la vivienda habitual de la persona consumidora, «el organismo competente puede solicitar un informe de evaluación social que determine los riesgos sociales y económicos derivados del proceso de lanzamiento». A este informe de evaluación social, que se redactará teniendo en cuenta la información obtenida de los servicios sociales básicos, se incorporarán «propuestas de viabilidad o liquidación ordenada de la deuda, que las partes pueden asumir como solución pactada, con la inclusión de la dación en pago». Las propuestas incorporadas al informe estarán redactadas por el servicio público de consumo de Cataluña. Si no se alcanza acuerdo en el procedimiento extrajudicial, el informe de evaluación social, así como las propuestas de viabilidad, podrán ser «requeridos y considerados por la autoridad judicial en casos de procedimientos judiciales por impagos de cuotas hipotecarias por situaciones de sobreendeudamiento sobrevenido o pueden ser aportados por las partes en dicho procedimiento judicial».

La norma transcrita carece de sentido, como no pocas otras de la misma reforma. Es claro que la norma sectorial autonómica no puede predeterminar qué documentos deberán ser aportados o tenidos en cuenta en un proceso judicial. Especialmente si se trata del proceso de ejecución hipotecaria. Ni el informe de evaluación ni la propuesta de viabilidad tienen lugar alguno en el trámite de oposición —único trámite posible para *judicializar* la ejecución— del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil (LEC). Ni la «propuesta de dación» en pago puede ser asumida por el juez ejecutor, porque él mismo no podría tomar una medida de esta naturaleza.

2. Mediación

El artículo 131-3 del Código de Consumo no se refiere expresamente a la mediación, sino a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos en general. La sumisión a este tipo de procedimientos es voluntaria, y así lo dispone el artículo 131-1 de la misma norma. Pero no cualquier caso de conflicto en crédito o préstamo hipotecario será susceptible de resolverse por esta vía. Según el nuevo precepto será necesario que la vivienda que se vea afectada por el crédito o préstamo hipotecario sea la vivienda habitual del consumidor, no pudiendo acogerse al método de resolución extrajudicial un eventual conflicto sobre segunda vivienda o residencia vacacional.

Por lo que respecta a la mediación en particular, se incluye un nuevo artículo 132-4, referido a los créditos o préstamos hipotecarios, según el cual, en los casos de *ejecución hipotecaria* de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, las Administraciones Públicas catalanas y, en especial, los servicios públicos de consumo, «garantizarán que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial. El objeto de este procedimiento será buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que el consumidor conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute».

El apartado 3 del nuevo artículo 132-4 establece que «las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje». Este precepto impone la obligatoriedad de someter a mediación los conflictos derivados de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios, lo cual, a pesar de no ser coherente con la voluntariedad del sistema de mediación, podría ser viable y estaría permitido por la normativa europea pendiente de transposición, que deja abierta la posibilidad de una *mediación impuesta* (Directiva 2013/11/UE). En teoría, la ley autonómica podría imponer

una mediación obligatoria antes de que la entidad financiera pudiera acudir al procedimiento de ejecución. Ello no conculcaría la reserva competencial estatal sobre Derecho hipotecario procesal. Ni es tampoco una propuesta absurda de suyo, como demuestra el sistema diseñado por la Ley estatal 1/2013 para deudores bajo el umbral de exclusión social. Pero es poco sensato imponer una mediación a quien no tiene ningún interés en discutir salidas negociadas a una controversia de naturaleza incierta, sino ejecutar simplemente una hipoteca por impago del deudor.

La mediación obligatoria previa a la ejecución es una pérdida de tiempo y de recursos. Las Administraciones autonómicas, que ya no pueden seguir sosteniendo a coste público el sistema arbitral de consumo clásico, no podrán sostener con sus propios medios un sistema adicional de mediación obligatoria. En el futuro, habrá que cobrar por ello. Pero parece una violencia —inconstitucional— cobrar por un procedimiento (inútil) al que las partes tienen que someterse obligatoriamente. Lo de menos es que se llame a esto mediación, sin serlo.

Todavía más, el hecho de poder acordar someterse al arbitraje carece de sentido. Pues no se puede ejecutar la hipoteca en el procedimiento arbitral, puesto que la ejecución hipotecaria no es un pleito ni un conflicto, sino una venta judicial y no es posible que la junta arbitral *ejecute* la hipoteca. De hecho, no hay materia arbitrable, porque todo lo que se pueda alegar fuera del artículo 695 LEC es irrelevante para el sistema de ejecución hipotecaria. Y no hay otro *conflicto* posible entre acreedor hipotecario y deudor que no pague. Por tanto, no puede existir un *conflicto* arbitrable cuando la entidad financiera instaura demanda de ejecución. Y aunque este conflicto —por ejemplo, en materia de cláusulas abusivas— sea instado por el consumidor, no podrá paralizar la ejecución hipotecaria, en la cual el consumidor podrá reproducir —y tendrá que hacerlo— aquella alegación en virtud del artículo 695.4.º LEC.

Se establece un plazo de tres meses para resolver el conflicto a través de la mediación. Transcurrido dicho plazo sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial.

3. Arbitraje

La especial protección que se quiere otorgar a los deudores hipotecarios con esta modificación se refleja también en el sistema de arbitraje. Para que haya arbitraje es necesario que exista un convenio arbitral previo entre las partes. Pero la Ley 20/2014 introduce un nuevo párrafo 2 en el artículo 133-1 del Código de Consumo catalán que introduce una especialidad en materia de créditos y préstamos hipotecarios que tengan por objeto la vivienda habitual. Según este párrafo, «se entiende que la empresa prestamista acepta el convenio arbitral siempre y cuando no haya manifestado expresamente al prestatario la voluntad en contra antes de la firma del contrato».

Es decir, la entidad prestamista, además de estar obligada a someter el conflicto con el deudor hipotecario al sistema de la mediación de consumo antes de interponer demanda por imperativo del artículo 132-4.3, podría tener que someterse a arbitraje, lo cual ya hemos sostenido que no tiene ningún sentido en el caso de pretender la ejecución hipotecaria. Por otro lado, ¿qué utilidad tiene la promoción que las Administraciones Públicas catalanas deben realizar para que las empresas que otorgan préstamos y créditos hipotecarios incluyan en las condiciones generales o específicas de la contratación su adhesión al arbitraje de consumo, según la nueva previsión del punto 5 del artículo 113-4? Si, cuando no se haya rechazado expresamente la sumisión a arbitraje de los conflictos surgidos de un contrato de crédito o préstamo hipotecario, la controversia es susceptible de resolverse por esta vía en virtud del artículo 133-1.2, no merece la pena fomentar la incorporación de cláusulas para la adhesión al arbitraje de consumo, pues tácitamente estarían igualmente sujetas a este procedimiento. Que, por lo dicho, sería un procedimiento inútil a efectos de la ejecución hipotecaria.

A ello debe añadirse el incremento de costes y la dilatación del procedimiento que conlleva acumular los procedimientos de mediación y arbitraje. El recurrir a este sistema escalonado en el que primero se intenta la mediación y, si no es posible, se acude al arbitraje, elimina los incentivos de la celeridad y ahorro de costes que deberían pretenderse con la implantación de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Por lo que respecta a la mediación en Cataluña, el artículo 28.1 del Decreto 98/2014 establece un periodo máximo de duración de la mediación de consumo de tres meses desde que se notifica el acuerdo de inicio. Pero, hasta que se notifica el acuerdo, pueden haber transcurrido dos meses desde la fecha en que se haya solicitado la mediación, tal y como lo prevé el artículo 18.2 de la misma norma. Nos situamos ya en un periodo de cinco meses. En ningún caso se podrá superar el plazo de seis meses previsto para causas justificadas en el artículo 28.2 del decreto.

La duración *ideal* de un proceso de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo podría ser, tal y como se prevé en la Directiva 2013/11/UE, de noventa días naturales. Pero si se otorga la posibilidad de acudir a varios medios de resolución extrajudicial de conflictos de forma consecutiva, por ejemplo, mediación y arbitraje, los plazos podrían ampliarse considerablemente y puede que las partes no estén interesadas en dilatar tanto en el tiempo la resolución de su controversia. Desde luego, el arbitraje de consumo que hoy día se practica en las comunidades autónomas dura bastante más de ese plazo.

4. Dación en pago

El sorprendente artículo 333.10 del nuevo código, regulando las medidas complementarias que puede tomar la Administración sancionadora, establece ahora que «en el supuesto de créditos y préstamos hipotecarios, el órgano al que corresponde resolver el expediente puede acordar la dación en pago u otras medidas complementarias, siempre y cuando exista una relación directa entre la cláusula o la práctica abusiva o desleal y la medida adoptada».

La norma es un desafuero material e inconstitucional por razones, como poco, sustantivas. Es evidente que la resolución administrativa de esta clase no constituye un título jurídico suficiente en el sentido de los artículos 609 CC y 3 LH para producir una mutación jurídico-real *voluntaria*. Y si no hubiera de ser voluntaria, la Administración oportuna tendría que iniciar un procedimiento expropiatorio, para el que ciertamente no habría ni utilidad pública ni interés social, pero que en cualquier caso habría de pagarse con dinero público. Es decir, no se puede *expropiar* por vía de resolución

sancionatoria y sin costes para la Administración actuante.

Esto no quiere decir que la propuesta de expropiar el crédito hipotecario sea de suyo absurda. Existen ya experiencias de estados de los Estados Unidos de América que lo han hecho parcialmente en el supuesto de hipotecas *subprime*. El crédito hipotecario se expropiaría por lo que vale, es decir, se justipreciaría la parte del crédito que esté *realmente* cubierta por el valor actual del inmueble y el remanente no cubierto que el banco pudiera cobrar por acción personal del deudor o los fiadores. El déficit de crédito que no pudiera razonablemente cobrarse por acción personal (porque el deudor es evidentemente insolvente) es un activo sin valor y no es exigible su justiprecio. Una vez en titularidad del crédito, la Administración Pública podría renegociar el préstamo hipotecario o aceptar la dación en pago. Pero de ahí a imponer al banco una dación en pago

—entre lo razonablemente discutible y la desmesura normativa— media un infinito que, además, no pasará nunca el control judicial.

Por lo demás, la condición que la norma aísla para que la Administración pueda imponer la dación en pago no concurrirá nunca. Estruje uno su imaginación y percibirá que no hay ningún caso en que exista una relación de causalidad adecuada entre una eventual nulidad de cláusula hipotecaria y el bien jurídico protegido consistente en la liberación de la deuda personal. Porque una cláusula de este tenor siempre estaría cubierta por una norma legal en virtud de la cual la hipoteca no limita la responsabilidad personal del deudor, salvo que las partes hayan pactado una hipoteca de responsabilidad limitada. Y no puede predicarse nulidad de una cláusula que se limita a reproducir prescripciones legales (considerando 13.º de la Directiva 93/13 y STJUE de 21 de marzo del 2013, *RWE Vertrieb*).