

DOS CUESTIONES SOBRE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 695.4 DE LA LEC POR EL REAL DECRETO-LEY 11/2014: SU CONFORMIDAD O NO CON LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE SU RÉGIMEN TRANSITORIO

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Resumen: Este artículo analiza críticamente la limitada reforma del artículo 695.4 de la LEC realizada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. En cumplimiento de la STJUE de 17 de julio de 2014, se reconoce al deudor hipotecario ejecutado el derecho a interponer recurso de apelación contra el auto del juez que desestima su oposición a la ejecución fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual determinante de la ejecución. También expone el autor las razones que le llevan a considerar inconstitucional el régimen transitorio previsto.

Palabras clave: ejecución hipotecaria; oposición a la ejecución; recurso de apelación; auto de sobreseimiento de la ejecución; cláusulas abusivas; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a los recursos; igualdad de armas; régimen transitorio de los procedimientos de ejecución; actos de comunicación procesal; la notificación por publicación en el BOE.

Title: Two issues about the changes in art. 695.4 LEC introduced by Royal Decree-Law 11/2014: its conformity or not to the Constitutional Court's case law regarding the right to appeal before the Constitutional Court for its transitional arrangement

Abstract: this paper analyses the limited reform made in article 695.4 LEC by Royal Decree-Law 11/2014, of 5th September, on urgent insolvency measures. STJUE of 17th July 2014 recognises the right to appeal against the Judge who dismisses the opposition to a foreclosure based in an unfair term. The author explains also the reasons to consider unconstitutional the transitional arrangement.

Key words: foreclosure, opposition to an enforcement, appeal, decision not to prosecute, unfair terms, right to effective legal protection, right to appeal, equality

of arms, transitional arrangement for enforcement proceedings, communication acts, notification by publication in Official State Gazette (BOE).

1. Introducción

De la misma forma que la STJUE de 14 de marzo de 2013 trajo como consecuencia la introducción (en la Ley 1/2013, de 14 de mayo) como causa de oposición al fondo de la ejecución, en el procedimiento ordinario, que el título contenga cláusulas abusivas (arts. 557.1-7ª y 561.1-3º LEC), y –en lo que ahora interesa– la incorporación (por la Ley 8/2013, de 26 de junio) de esta misma causa de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 552.1-2º y 695.1-4ª y 3, II), la STJUE de 17 de julio de 2014 ha traído consigo una nueva reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC (por el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal), esta vez para modificar el sistema de recursos previsto en su art. 695.4.

Esta última sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, en la que se cuestionaba la conformidad del sistema de recursos contra el auto que pone fin a la oposición a la ejecución – que estaba previsto en el citado artículo 695.4 LEC¹– con la Directiva 93/13 y también con el derecho a la tutela judicial efectiva (reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), por ser contrario al principio de igualdad de armas en el proceso². En la citada sentencia el tribunal europeo, de alguna forma, venía a corregir la interpretación del derecho constitucional a los recursos establecida en abundantes sentencias por un TC, que tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el problema en una cuestión de inconstitucionalidad planteada, mediante auto de fecha 14 de noviembre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia e

¹ Desde su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, el art. 695.4 LEC sólo permitía recurrir en apelación el auto que acordaba el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de la cláusula abusiva invocada, y excluía el recurso en todos los demás casos, con la consecuencia de que, mientras podía apelar el ejecutante cuando se estimaba la oposición del ejecutado y se acordaba la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva, no podía recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que su oposición a la ejecución fuera rechazada. Decía, en efecto, el art. 695.4 LEC: “Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”.

² La sentencia fue objeto de crítica inmediata por la doctrina especializada (cfr. A, Carrasco y K. Lyczkowska “Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, publicado en la *Revista CESCO*, núm. 10, 2014). En lo que ahora interesa, a pesar de mostrar su acuerdo con la cuestión de fondo objeto de la cuestión prejudicial (la discriminación que introduce el art. 695.4 LEC), los autores citados resaltan, con razón, que el precepto cuestionado “no es una cláusula contractual y en consecuencia, no es susceptible de contraste con la Directiva 13/93”, por lo que “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”.

Instrucción nº 7 de Avilés, y no lo hizo porque la cuestión no fue admitida a trámite. A juicio del órgano judicial proponente de la cuestión, el citado precepto de la LEC vulneraba el principio de igualdad del art. 14 CE y, más en concreto, su manifestación procesal -principio de igualdad de armas- que tiene cobijo, según la jurisprudencia del TC, en el art. 24.1 de la misma Ley fundamental, por lo que se puede decir que alcanzaba las mismas conclusiones que el TJUE, pero con anterioridad.

2. La nueva redacción del artículo 695.4 LEC

El nuevo texto que, de acuerdo con la sentencia del TJUE citada, da a este precepto de la LEC el RD-Ley 11/2014 es ahora la siguiente: "Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten".

Como ocurrió con la reforma anterior, la ahora introducida se contiene en una norma (RD-Ley 11/2014, *de medidas urgentes en materia concursal*), cuyo contenido nada tiene que ver -por lo menos directamente- con la ejecución hipotecaria, tiene un alcance limitado y regula un régimen transitorio de aplicación que, como luego diré, me parece inconstitucional y, en cualquier caso, no conforme con el contenido de la sentencia que la norma pretende aplicar.

Como digo, el alcance de la reforma es limitado: dando cumplimiento al mandato de la sentencia, se reduce a reconocer al deudor hipotecario ejecutado el derecho a interponer recurso de apelación contra el auto del juez que desestima su oposición a la ejecución fundada en el "carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible" (art. 695.1-4ª LEC). Dicho con otras palabras, la reforma no equipara al deudor ejecutado con el ejecutante a los efectos de interponer el recurso de apelación, sino que sigue excluyéndole del acceso al recurso de apelación cuando son otras las causas de oposición a la ejecución (de las previstas en el art. 695.1) invocadas y desestimadas. Así, dice el art. 695.3 LEC: "El auto que estime la oposición basada en las causas 1.ª y 3.ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución...", por lo que podrá ser recurrido por el ejecutante, mientras que, si es desestimatorio, no podrá hacerlo el deudor ejecutado.

3. Análisis crítico de la reforma

Al tema dediqué un breve trabajo, publicado en CESCO³, en el que concluía que la desigualdad entre las partes en el proceso de ejecución hipotecaria, que va

³ F. Cerdón, "¿Inconstitucionalidad del sistema de recursos contra el auto que resuelve la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria?", en Centro de Estudios de Consumo de la UCLM (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/4.pdf>), enero 2014.

más allá de la estructural fundamentada en que nos encontremos en un proceso de ejecución, y que ha sido declarada conforme a la CE por el TC (v., por último, el ATC113/2011, de 19 de julio), no es suficiente para justificar el diferente trato con respecto a los recursos procedentes contra el auto que resuelve la oposición cuando se trata de la causa nº 4 del art. 695.1. Y ello porque esta resolución pone fin a un incidente contradictorio en el que las partes han gozado de los mismos derechos de ataque y defensa (v. art. 695.2 LEC), a diferencia de lo que ocurre con las demás causas (de oposición) previstas en el art. 695.1, que (por su misma naturaleza) solo limitadamente tienen este carácter.

En mi opinión –decía-, con la introducción de esta nueva causa de oposición, y del incidente contradictorio para discutirla, se ha alterado profundamente la configuración tradicional de este proceso especial de ejecución: el encaje de tal causa en el tradicional proceso de ejecución hipotecaria, y de la contradicción a la que se somete, comporta determinadas exigencias; entre ellas la admisibilidad del recurso de apelación a ambas partes. Y traía a colación el ATC 170/1988, de 1 de febrero que, con relación a la posible inconstitucionalidad de la privación del recurso de apelación al coadyuvante en el proceso contencioso administrativo por el art. 95 de la anterior LJCA de 1956, declaró que no existía vulneración del principio de igualdad (de armas) en el caso porque faltaba la identidad de posición entre partes principal (en este caso el demandado) y subsidiaria (coadyuvante), por lo que hay que entender que, existiendo esa identidad de posición como en el caso que ahora nos ocupa, se producirá la vulneración del principio.

La conclusión alcanzada en ese trabajo la sigo viendo clara, a pesar de las críticas dirigidas contra la sentencia del TJUE y contra su recepción por el RD-Ley 11/2014 por atacar a la doctrina constitucional sobre la configuración legal del derecho constitucional a los recursos. Aunque, ciertamente, no se puede desconocer que el legislador, en su libertad de configuración del sistema de recursos, es libre para arbitrar cuándo y por quién y en qué momento procesal una persona física o jurídica puede recurrir una resolución, sin que por ello se resienta el principio de igualdad de armas en el proceso; ni tampoco que la política de exclusión y limitación de los recursos procedentes contra resoluciones judiciales ha sido aplicada por la LEC/2000, de forma particularmente intensa, en el proceso de ejecución (cfr. art. 562.1.2ª LEC).

4. Inconstitucionalidad del régimen transitorio establecido en el RD-Ley 11/2014

En la disposición transitoria cuarta del RD-Ley 11/2014 se establece un régimen de aplicación de la norma a los procedimientos de ejecución pendientes en el momento de su entrada en vigor (que tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el BOE) que, como he dicho, me parece inconstitucional y, por supuesto, contrario a la doctrina de la sentencia del TJUE que la norma pretende aplicar. Veamos brevemente su contenido:

a) En primer lugar, esta disposición es aplicable a los recursos de apelación que se interpongan frente a autos desestimatorios de la oposición del ejecutado dictados en procedimientos pendientes a la entrada en vigor del real decreto-ley

y fundados tanto en la causa (de oposición) del art. 695.1-4ª LEC (proceso de ejecución hipotecaria) como en la prevista en el art. 557.1-7ª (proceso ordinario de ejecución). La previsión de este segundo supuesto no se entiende porque la causa de oposición prevista en el precepto no es aplicable en la ejecución hipotecaria, sino dentro del proceso ordinario de ejecución, cuando se elige esta opción por el acreedor ejecutante; y en él, ya antes de la reforma, contra el auto que resuelva la oposición por motivos de fondo (en sentido estimatorio o desestimatorio y cualquiera que sea la causa en que se fundamente) podrá interponerse recurso de apelación en todo caso (art. 561.3 LEC).

b) Y en segundo lugar, la aplicación del régimen transitorio se somete a las siguientes condiciones: 1ª) que los procedimientos de ejecución iniciados a la entrada en vigor de la norma "no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"; y 2ª) que las partes ejecutadas interpongan el recurso de apelación dentro del plazo preclusivo de un mes, que se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor del real decreto-ley.

A los efectos del referido plazo concluye esta disposición transitoria: "La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto". La norma me parece no solo de especial gravedad por la carga que impone a los deudores hipotecarios que ven desestimada su oposición fundada en el carácter abusivo de la cláusula, sino, sobre todo, claramente inconstitucional por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos.

Las recientes SSTC de 21 julio y 31 de julio de 2014 reiteran la conocida –y consolidada– doctrina del TC sobre la dimensión constitucional de los actos de comunicación procesal. Conforme a estas sentencias, la doctrina constitucional en materia de emplazamientos (y, en general, de actos de comunicación) no puede verse interferida por las reformas procesales, sino que lo procedente es realizar una interpretación *secundum constitutionem* de las mismas cuando desconocen aquella doctrina. Para el TC, la comunicación, por exigencias del art. 24.1 CE, tiene que realizarse en forma que garantice su efectividad, si es posible hacerlo porque se conoce el domicilio del interesado, "y no a través de un acto ficticio de comunicación como es la notificación edictal" (STC 104/2008, 15 de septiembre, FJ 4).

A la luz de la doctrina precedente, y puesto que el domicilio del ejecutado consta en los autos, me parece que la sustitución de la notificación personal por la publicación en el BOE, a los efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de un mes para interponer el recurso de apelación deberá ser corregida; y teniendo en cuenta los términos tajantes del apartado tercero de la disposición transitoria, no parece posible –a diferencia de lo que ha ocurrido con el art. 686.3 LEC– realizar una interpretación conforme a la constitución del mismo que no comporte su derogación.