

La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación

Foreclosure: new ground of opposition, new problems of legal proceedings

por

OLGA FUENTES SORIANO
*Catedrática de Derecho procesal
Universidad Miguel Hernández*

RESUMEN: La crisis económica y financiera por la que atraviesa nuestro país, aparece dotada de ciertas peculiaridades propias, de carácter inmobiliario, que han obligado a tomar medidas sobre algunas deficiencias importantes de nuestro sistema de ejecución hipotecaria. Si bien es cierto que estas carencias —fundamentalmente en lo relacionado con los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria— se venían denunciando históricamente, ha tenido que ser el TJUE (en Sentencia de 14 de marzo de 2013) quien pusiera de manifiesto la inadecuación a la normativa europea de protección del consumidor de un sistema, como el nuestro, que no contara entre los motivos de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en la contratación de la hipoteca. Como consecuencia de ello, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduce —entre otras muchas novedades— un nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria abriendo así importantes problemas

interpretativos; fundamentalmente: cuándo una cláusula tiene carácter abusivo; cómo se pone de manifiesto la abusividad de esa cláusula en el seno del proceso de ejecución; las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva; o los importantes problemas interpretativos surgidos a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 y la declaración de efectos irretroactivos en relación con la cláusula considerada nula y el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por el banco.

ABSTRACT: The economic and financial crisis in Spain has some peculiarities of property such. This has forced to take action on some important deficiencies of our foreclosure. These shortcomings —mainly with regard to the reasons for opposition to foreclosure— had been historically denounced. But it was the ECJ (Judgment of March 14, 2013) who established the unsuitability of our system to European consumer protection legislation because Spanish law did not include unfair terms as a cause of opposition to foreclosure. Finally, Law 1/2013 of 14 May, of measures to strengthen the protection to mortgage debtors, debt restructuring and social rent, introduced —among other innovations— a new cause of opposition to foreclosure that has important problems interpretative: when a clause was abusive; how to report the unfair nature of a clause in the foreclosure process; the consequences of the declaration of invalidity of an unfair term; or interpretative problems resulting from the STS of May 9, 2013 and the non-retroactive effects of the annulled clause and the reimbursement of amounts wrongly charged by the bank

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Ejecución hipotecaria. Oposición a la ejecución hipotecaria. Cláusula abusiva. Cláusula nula. Cláusulas suelo. Cláusulas de vencimiento anticipado. Cláusulas de intereses moratorios.

KEY WORDS: Mortgage. Foreclosure. Opposition to foreclosure. Unfair term. Null clause. Ground clause. Early maturity clause. Default interest clause.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NUEVO MOTIVO, NUEVOS PROBLEMAS. 1. CLÁUSULAS ABUSIVAS; 2. CLÁUSULAS SUELO; 3. CLÁUSULAS SOBRE INTERESES MORATORIOS; 4. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO; 5. CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN; MAYORES EXIGENCIAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA; 6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS; 7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA;—III. ALGUNOS PROBLEMAS DE JUSTICIA MATERIAL: DERECHO DE REINTEGRO (DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR EL ACREEDOR EJECUTANTE)

VS ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—IV. Y...SEGUIMOS CON EL FAVOR CREDITORIS...: DE LOS EFECTOS DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA EJECUCIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Sostiene JUDT (2010, 17) —idea que comparto en toda su extensión y sentido— que «hay algo profundamente erróneo en la forma en que vivimos hoy. Durante treinta años hemos hecho una virtud de la búsqueda de beneficio material: de hecho, esta búsqueda es todo lo que queda de nuestro sentido de un propósito colectivo. Sabemos qué cuestan las cosas, pero no tenemos idea de lo que valen. Ya no nos preguntamos sobre un acto legislativo o un pronunciamiento judicial: ¿es legítimo? ¿Es ecuánime? ¿Es justo? ¿Es correcto? ¿Va a contribuir a mejorar la sociedad o el mundo? Estos solían ser los interrogantes políticos, incluso si sus respuestas no eran fáciles. Tenemos que volver a aprender a plantearlos»¹.

Posiblemente, esta ausencia de planteamiento de las preguntas correctas o —lo que es más grave—, la aportación de respuestas falaces en aquellos casos en que se han planteado, en pro de un capitalismo voraz tendente siempre a fortalecer los intereses de la clase dominante y económicamente más fuerte ampliando la brecha diferenciadora y desigualitaria entre la ciudadanía, es lo que ha contribuido de forma determinante a sumirnos, transcurrida la primera década del presente siglo, en una crisis económica y financiera sin paliativos. Como sostiene STIGLITZ (2013, 11) —premio Nobel de economía— «España está en una depresión. Esa es la única palabra que cabe utilizar para describir la economía con casi uno de cada cuatro trabajadores en el paro y una tasa de desempleo juvenil del 50 por ciento (...). Hoy en día, los problemas de España son consecuencia en gran medida de la misma mezcla de ideología y de intereses especiales que en Estados Unidos condujo a la liberalización y desregulación de los mercados financieros y a otras políticas “fundamentalistas del mercado”: unas políticas que contribuyeron al elevado nivel de desigualdad e inestabilidad de Estados Unidos y que han dado lugar a unas tasas de crecimiento mucho menores que en las décadas anteriores (Esas políticas “fundamentalistas del mercado” también se denominan “neoliberalismo”) (...). En algunos casos, la ideología hizo poco más que disimular los intentos por parte de algunos intereses particulares de cosechar más beneficios. Se estableció un vínculo entre los bancos, los promotores inmobiliarios y algunos políticos: (...) los bancos no solo no estaban adecuadamente regulados, sino que la escasa normativa existente no se hacía cumplir rigurosamente. Hubo una fiesta. El dinero fluía por doquier (...) [Pero] esos principios han traído consigo un menor crecimiento y una mayor

inestabilidad. Y en la mayoría de países de la Unión Europea, incluso antes de la crisis, pero todavía más después, a los de abajo y a los de en medio no les han ido bien las cosas»².

Ciertamente este es el desalentador panorama en el que nos movemos hoy en España y del que intentamos sacar la cabeza para mantenernos a flote. Efectivamente, «a los de abajo y a los de en medio» (es decir, a la práctica totalidad de la población) no les/nos han ido bien las cosas. Pero lejos de mantenernos en una pasividad absoluta, la sociedad ha reaccionado mediante movimientos ciudadanos denunciando situaciones límite y exigiendo soluciones efectivas a los poderes públicos.

En este marco general es de destacar la presión social ejercida por movimientos como el 15-M o, en el campo más concreto de lo que pudiéramos denominar «las injusticias inmobiliarias» provocadas por el sistema económico, plataformas como la de «Stop desahucios».

Efectivamente, el tradicional arraigo en España de la adquisición de vivienda en propiedad, en lugar de su alquiler³; la fluidez —antes comentada— con la que circulaba el dinero sobre la base de créditos hipotecarios que facilitaban el acceso a la vivienda; así como el hecho de que un tercio de la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios concedidos en España contengan indescifrables cláusulas suelo contraídas por los ciudadanos⁴, ha supuesto que, llegada la crisis económica y financiera, adquiriera esta en España, un carácter eminentemente inmobiliario que ha hecho replantear el hasta ahora cuestionado —pero siempre salvado— sistema de ejecución hipotecaria que regula nuestro Ordenamiento.

Históricamente, la ejecución judicial de bienes hipotecados se ha tramitado en España a través de un procedimiento de ejecución específico (durante la vigencia de la LEC de 1881, artículos 129 a 135 LH; en la actualidad, artículos 681 a 698 LEC de 2000) caracterizado entre otras múltiples cuestiones y por lo que a nosotros ahora interesa, por tener unos motivos absolutamente tasados de oposición fuera de los cuales, se obligaba al ejecutado a acudir a un procedimiento declarativo ordinario posterior para tramitar la oposición a una ejecución que ya se había practicado⁵.

Precisamente y, en cierta medida, de forma paradójica, ha sido esta posibilidad de solventar los problemas que surgieran en el procedimiento declarativo posterior lo que ha «salvado» —al menos formalmente— la constitucionalidad de este cuestionado sistema hasta fechas escandalosamente recientes. No puede dejar de resultar sorprendente la reiteración con la que el TC ha proclamado ajustado a la Constitución un procedimiento como el de ejecución hipotecaria que limita hasta tal punto no solo la igualdad de las partes en el proceso sino el propio derecho de defensa del ejecutado al consagrar la tramitación del mismo *inaudita parte debitoris*. Especialmente llamativo resulta en este contexto el Auto dictado por el Pleno del TC el 19 de julio de 2011 (ATC 113, 2011) insistiendo una vez más en una posición que la sociedad ya denunciaba a gritos⁶ y que

tan solo dos años después obligó al TJUE a pronunciarse expresamente contra dicho procedimiento de ejecución al entender que no respetaba las exigencias de la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷. El razonamiento básico de la STJUE gira en torno al hecho de que «la limitación de las excepciones que el consumidor puede oponer contra el despacho de la ejecución hipotecaria supone «privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva», vulnerando el «principio de efectividad», pues hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección de la misma al consumidor». La tesis de fondo de la Sentencia, en suma, es que resulta contrario al espíritu de la Directiva que los Estados miembros no prevean la posibilidad de formular como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, en el propio procedimiento de oposición, el carácter abusivo de una cláusula contractual.

En realidad, los cuatro preceptos que la LEC dedica a regular la oposición a la ejecución hipotecaria (arts. 695-698) establecen un sistema inspirado en la exacerbación máxima del principio del *favor creditoris*. La LEC de 2000⁸, vino a recoger el testigo dejado por el legislador anterior (antiguo art. 132 LH, regulador de los motivos de oposición al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria que regulaba el art. 131) en relación con el cual, las «mejoras» introducidas, se limitaron —según reconoce literalmente la propia Exposición de Motivos de la LEC, apartado XVII— a ordenar «de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento». esta, que fue, además, la posición reiteradamente sostenida, hasta fechas muy recientes, por nuestro más alto Tribunal, se recoge también expresamente y a renglón seguido en la propia Exposición de Motivos cuando sostiene que «en este punto se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición al deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable».

Para entender cómo llega al TJUE el cuestionamiento de un sistema de ejecución frente al que la élite judicial española, pese a las innumerables quejas recibidas hacia oídos sordos, resulta interesante constatar el cambio fundamental que se opera en nuestra sociedad durante los últimos años; cambio que comenzó con la drástica polarización de la sensibilidad social, motivada por la terrible situación en que la crisis económica y financiera de escala mundial, pero ahondada en España por los efectos de la burbuja inmobiliaria, ha dejado a multitud

de familias. Así, han sido muchas las que ante la imposibilidad de hacer frente a determinados pagos de su hipoteca han visto arruinada su vida (y no solo pérdida su casa) sin margen legal de maniobra. Frente a ello, y según se vio líneas atrás, la sociedad comenzó a reaccionar; pero ante la impenetrabilidad e imperturbabilidad con la que los grandes partidos políticos de este país asistieron impasibles a estas terribles escenas de injusticia cotidiana con claro favorecimiento de los intereses de las entidades bancarias y crediticias, tuvo que ser el poder judicial, en la base de su estructura piramidal, quien comenzara a buscar salidas que permitieran aplicar criterios de justicia material a casos concretos que una legislación injusta dejaba sin satisfactoria solución. En este contexto —y ante la inadmisibles ceguera de nuestro Tribunal Constitucional—, tuvo lugar el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona (seguida posteriormente por otras) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que le obligó a constatar mediante la referida Sentencia de 14 de marzo de 2013 la inadecuación de un procedimiento respecto de la que el pueblo español no albergaba ya duda alguna.

En consecuencia y como no podía ser de otro modo, la STJUE tuvo su correspondiente reflejo legislativo en la introducción de un cuarto motivo de oposición a la ejecución hipotecaria mediante la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según este nuevo motivo de oposición (art. 695.1.4.^ª), podrá esta fundarse en el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando constituya el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible. Así, esta nueva causa junto con las anteriormente existentes, se tramitará a través de un procedimiento incidental común a todas que regula el apartado 2 del precepto citado; y a cuyo estudio y el de los no pocos problemas que plantea, se dedicarán las páginas que siguen.

II. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NUEVO MOTIVO, NUEVOS PROBLEMAS

La introducción de un cuarto motivo de oposición en la ejecución hipotecaria operado por la ya referida reforma de 2013, plantea no pocos problemas prácticos que es necesario solucionar a fin de procurar su satisfactoria aplicación.

Así —según se ha tenido ocasión de comentar— a partir de esta reforma, el artículo 695.1 LEC va a reconocer entre los motivos posibles de oposición a la ejecución hipotecaria «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

Si bien es cierto que, como se ha constatado con anterioridad, la sociedad estaba clamando a gritos la introducción de una previsión de estas características,

la interpretación que pueda llegar a realizarse de la —necesariamente— genérica dicción literal del precepto puede llegar a impedir o, cuanto menos, a dificultar el cumplimiento de las expectativas generadas por tan ansiada reforma legal.

La primera duda a despejar para una correcta aplicación de la norma reside en determinar cuándo una cláusula contractual puede tener carácter abusivo; y, en esta materia es de hacer notar que la legislación nacional viene condicionada de forma trascendental por las previsiones europeas contenidas en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

A su estudio se dedicarán las páginas siguientes, pero una vez aproximados al carácter abusivo de las cláusulas contractuales convendrá centrar la atención en los problemas concretos que plantean aquellas cláusulas que con mayor frecuencia suelen condicionar la validez de la ejecución hipotecaria en nuestro país: las cláusulas suelo, las de intereses moratorios y las de vencimiento anticipado. En relación con las dos últimas mencionadas, la reforma de 2013 ha introducido también importantes modificaciones legislativas que resultará necesario armonizar con el resto del ordenamiento pero muy especialmente con las concretas vicisitudes que se ocasionan durante la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las cláusulas que pactan intereses moratorios plantean dos problemas fundamentales: uno relacionado con la cuantía a partir de la cual cabe considerar desproporcionados los intereses y el límite novedosamente introducido por la reforma de 2013 que para las hipotecas sobre vivienda habitual, se sitúa en tres veces el interés legal del dinero; y otro relacionado con la patente contradicción generada tras la reforma entre la DT 2.^a de la Ley 1/2013 que obliga a recalcular los intereses desproporcionados y la doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas que se sancionan con su inaplicación al obligar al Juez a tenerlas por no puestas.

De igual modo, la simplista solución alcanzada por el legislador respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado al establecer un límite rígido de tres periodos de amortización impagados (art. 693 LEC) vaticina suficientes problemas prácticos como para aconsejar cierto detenimiento en su análisis.

Pero el estudio de estas cuestiones generales y de las mayores exigencias con que el legislador ha diseñado las cláusulas abusivas como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, lejos de poner fin a los problemas prácticos que la reforma suscita dan paso a las diversas cuestiones complejas que durante la tramitación del procedimiento se pondrán de manifiesto: entre otras, la posible apreciación de la nulidad de las cláusulas de oficio o a instancia de parte; la inexistencia de un plazo legal para su planteamiento; los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva; la existencia de recurso posterior o el planteamiento del procedimiento declarativo ulterior para el deudor; y, por supuesto, la problemática cuestión de si tiene el deudor derecho al reintegro de

aquellas cantidades que le han sido indebidamente cobradas como consecuencia de un proceso de ejecución tras cuya tramitación, se ha declarado la nulidad de una cláusula por abusiva —cuestión esta que cobra una especial relevancia tras la STS de 9 de mayo de 2013 en la que se profundizará más adelante—.

Estos son, fundamentalmente, los problemas que plantea la introducción de este nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria y a cuyo estudio (y al de aquellas cuestiones procesales colateralmente relacionadas) se dedicarán las páginas que siguen.

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS

El carácter abusivo de una cláusula aparece definido en el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) entendiéndose por tales todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante⁹ de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se añade, asimismo, que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

Esta legislación, de 2007, no es sino la transposición de las disposiciones contenidas en el artículo 3 de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 en contratos celebrados con los consumidores. Tanto la Directiva mencionada, cuanto el propio artículo 82 de la LGDCU contienen un listado, si bien meramente ejemplificativo, de cláusulas que cabría considerar abusivas. En el caso de nuestra legislación, el listado del artículo 82.4 se desarrolla en preceptos posteriores (arts. 85-90) pero, en todo caso, se mantiene su carácter meramente ilustrativo. Dada la diversidad de cláusulas abusivas posibles, por lo que a nosotros ahora interesa, quizás las más representativas o de mayor relevancia respecto de la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles sean las cláusulas suelo, de intereses moratorios y de vencimiento anticipado incluidas en los contratos por las entidades crediticias.

2. CLÁUSULAS SUELO

En relación con la legalidad y licitud de las cláusulas suelo hay que partir, necesariamente, de la STS de 9 de mayo de 2013 y de su Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. Estas resoluciones (posteriores ambas a la STJUE mencionada) vienen a poner algo de orden en la disparidad de criterios interpretativos que imperaban en los Tribunales hasta ese momento. Es cierto, no obstante, que de forma paralela, dichas resoluciones ponen también importante desorden

en otras materias sobre las que se pronuncian y que se abordarán en ulteriores planteamientos de este mismo trabajo¹⁰.

A tenor de la Sentencia mencionada constata el Tribunal Supremo que las cláusulas suelo no son intrínsecamente ilícitas o abusivas. Lo serán —entre otras posibilidades— cuando en la contratación no se haya cumplido con las exigencias de transparencia que, a partir de estas resoluciones, serán no solo las que impone la Ley de Condiciones Generales para la Contratación y la normativa sectorial vigente al respecto¹¹, sino también las fijadas por ellas —por la Sentencia y su auto aclaratorio—¹². Así, de modo orientativo, según el tenor literal de la propia Sentencia, los criterios a valorar (los utilizados) para determinar la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia serán¹³:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...).
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Se ha sostenido que, en todo caso, la exigencia —confirmada por el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013— de que el cliente alcance un perfecto conocimiento antes de la contratación, no solo sobre la cláusula suelo que contrata, sino sobre su transcendencia y la incidencia real que esta puede suponer en relación con el coste del crédito implica, en realidad, una universalización del carácter abusivo de estas cláusulas en tanto en cuanto a las entidades crediticias les resultará prácticamente imposible probar que el consumidor tuvo un completo conocimiento de la incidencia real de la cláusula suelo que contrató¹⁴. Nótese a este respecto que a tenor de lo previsto en el artículo 82.2 párrafo 2 de la LGDCU, asumirá la carga de la prueba el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente.

3. CLÁUSULAS SOBRE INTERESES MORATORIOS

Ciertamente frecuente resulta encontrar cláusulas, en los contratos de garantía hipotecaria, que acuerdan unos intereses de demora desproporcionados.

Tales cláusulas pueden ser declaradas abusivas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 85.6 LGDCU; pero en relación con ello se plantean dos problemas fundamentales: uno sobre el montante a partir del cual el interés de demora pactado puede considerarse «desproporcionado» y otro sobre las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula (su tenencia como inexistente o la necesidad de su moderación previa intervención judicial).

En relación con el primero de los problemas apuntados —la determinación de la cantidad a partir de la cual puede considerarse que los intereses de demora pactados son abusivos— la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes hasta la reforma de 2013 podría encontrar solución con la modificación experimentada por el artículo 114 LH que establece expresamente que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

Este es el sentido en el que parece querer orientarse la actuación judicial a tenor de las conclusiones alcanzadas en las Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria¹⁵. Sin embargo, aún admitido el límite de tres veces la cantidad legal del dinero como franja a partir de la cual considerar el carácter abusivo de la cláusula, surge la duda de si lo procedente es su exclusión del contrato o, por el contrario, la integración de la misma mediante su posible moderación previa audiencia del ejecutante. Esta segunda interpretación parece contar con el apoyo de la DT 2.^a de la Ley 1/2013 que establece la obligación del Notario (para ventas extrajudiciales) o del Secretario Judicial, de conferir traslado al ejecutante por plazo de 10 días para recalcular la cantidad por la que se ha despachado ejecución o por la que se procede a la venta extrajudicial a la vista del límite marcado por el artículo 114 LH. Se ha propuesto, incluso, la aplicación analógica del artículo 815.3 —inicialmente previsto en exclusiva para el monitorio— a los procesos de ejecución a fin de que en el incidente previo a la declaración de abusividad, el Juez o el notario requieran al acreedor para que rebaje su importe¹⁶. Si el deudor aceptara la rebaja y quedara la cantidad a reclamar en concepto de intereses moratorios dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento¹⁷, la declaración de abusividad afectaría tan solo a esa cantidad convenida por las partes y excluida de la ejecución de mutuo acuerdo, despachándose esta por los intereses moratorios aceptados por ambas. Comparto, sin embargo, la idea de fondo que subyace bajo la doctrina del TJUE según la cual, la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas contribuye a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales al saber que, en última instancia, dicha cláusula abusiva podría ser integrada por el Juez nacional en lo que fuera necesario¹⁸.

Llegados a este punto, no puede dejar de apreciarse que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 parece vulnerar la doctrina del TJUE que expresamente establece la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin que puedan modificar estos el contenido de la misma¹⁹. De hecho, recientemente, el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 2 de Marchena ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE, precisamente, sobre este tema al considerar que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 no traspone de forma efectiva la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al impedir la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, como exige el artículo 6.1, tergiversando flagrantemente la Jurisprudencia comunitaria sobre la materia²⁰. Como con acierto se ha sostenido, el problema reside, muy posiblemente, en que con la DT 2.^a el legislador no está contemplando supuestos de declaración de nulidad de cláusulas abusivas sino supuestos en los que se fija la cantidad por la que se despacha ejecución o la venta extrajudicial de bienes hipotecados²¹. En todo caso, nos encontramos sumidos, de nuevo, en una situación de interinidad, a la espera de la resolución que al efecto dicte el TJUE; que, de mantenerse —como es de prever— en las posiciones hasta el momento sostenidas, obligará a una nueva reforma legislativa que permita una transposición real y efectiva de las disposiciones de la Directiva 93/13 a la normativa nacional.

Respecto de la declaración de nulidad de esta cláusula y su inaplicación por el Juez sostiene GIMENO que dicha declaración no producirá efectos materiales de cosa juzgada en relación con la validez de los intereses moratorios; ello permitiría al acreedor instar un nuevo proceso de ejecución por unos intereses moratorios inferiores a las limitaciones establecidas²². Ello no obstante, albergo ciertas dudas de fondo sobre si debe permitirse al acreedor fijar unilateralmente, aún dentro de los límites legales— unos intereses de demora que, por su naturaleza, tienen carácter sancionatorio. Sobre este tema, sin embargo, tendré ocasión de profundizar con más detenimiento al tratar sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas a los que ahora me remito.

4. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

De las múltiples posibilidades de pactar el vencimiento de la deuda hipotecaria la que, a efectos de este trabajo, en mayor medida interesa es la que se centra en el impago de un número mínimo de cuotas²³. En este sentido, la reforma del artículo 693 LEC operada por la Ley 1/2013 ha fijado el límite para la licitud de dichas cláusulas en el impago de, al menos, tres periodos de amortización. Cualquier cláusula, pues, que acuerde el vencimiento anticipado de la deuda (y, con él, la ejecución de los bienes) ante el impago de un número menor de plazos será considerada abusiva; del mismo modo que cualquier cláusula que

acuerde el vencimiento anticipado de la deuda respetando el límite de impago de tres cuotas será, automáticamente, considerada lícita.

Esta solución, con acierto tildada de «simplista e insuficiente»²⁴, se aleja notablemente de la amplitud de criterios con que el TJUE considera que debe analizarse la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado. Así, de conformidad con la doctrina del Tribunal Comunitario, al margen del número exacto de cuotas impagadas, una cláusula de vencimiento anticipado podrá ser abusiva cuando este incumplimiento no sea suficientemente significativo en el cómputo global del crédito, o cuando genere un importante desequilibrio contractual, o cuando altere las posiciones de equilibrio entre las partes al quedar —por ejemplo— las garantías del crédito inalteradas para el acreedor, o cuando no se prevea la posibilidad de reversión o rehabilitación para el deudor en un plazo razonable mediante la puesta al día de las cuotas impagadas, o cuando no se haya previsto la exclusión del vencimiento anticipado del préstamo en los supuestos en los que este resulte amortizado en su práctica totalidad restando por abonar tan solo un número reducido de cuotas²⁵.

En relación con los posibles efectos que sobre una ejecución en curso pueda suponer la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la que se fundó, debe tenerse presente que aunque la cláusula de vencimiento anticipado acordara este ante el impago de tan solo una o dos cuotas, si cuando se ejecuta la deuda se han impagado al menos tres cuotas, no procederá su declaración de nulidad y consiguiente suspensión de la ejecución. Nótese que estamos ante el supuesto de una ejecución en curso; y en la apreciación de la abusividad de una cláusula en el seno de un proceso de ejecución habrá que estar a las circunstancias concretas que rodean dicho proceso. Sin embargo, cuando la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado se invoque en un procedimiento declarativo, independientemente, por tanto, del incumplimiento, la valoración del Juez deberá ceñirse al tenor literal de la cláusula —y no a las circunstancias del caso— y declarar su nulidad si el número de impagos pactados fuera inferior a tres o bien, validar su inclusión en caso contrario²⁶.

En todo caso y pese a la dicción literal de la Ley, entiendo que debieran valorar los Tribunales la posibilidad de apreciar la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por abusiva en la que, pese a haberse contemplado el incumplimiento de al menos tres cuotas, concurrieran algunas de las circunstancias —anteriormente citadas— que la propia doctrina del TJUE admite y que sin embargo, el legislador español ha obviado.

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN; MAYORES EXIGENCIAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La declaración de la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el sentido de que nuestra legislación nacional no trasponía adecuadamente la Directiva 93/13 al

no permitir al deudor alegar en el proceso de ejecución la posible declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, como motivo concreto de oposición llevó al legislador a reformar la normativa existente a través de la Ley 1/2013.

Curiosamente, sin embargo, mientras que para la ejecución general el artículo 557.1.7.^a regula como motivo de oposición, simplemente, que «el título contenga cláusulas abusivas», para la ejecución hipotecaria el artículo 695.1.4.^a exige que la cláusula contractual considerada abusiva «constituya el fundamento de la ejecución» o «hubiese determinado la cantidad exigible». La razón de esta dualidad de exigencias no puede ser otra que el mantenimiento del carácter expeditivo y privilegiado con que siempre se ha dotado al procedimiento de ejecución hipotecaria²⁷. Pero es lo cierto que el mantenimiento de esta dualidad de regímenes de oposición va a generar (o a mantener; pues, en cierta medida, se daban ya con anterioridad a la reforma) situaciones jurídicamente complicadas en las que el deudor hipotecario no podrá hacer valer la oposición fundada en la posible nulidad de determinadas cláusulas hipotéticamente abusivas teniendo que acudir para ello al procedimiento declarativo. En esta situación resulta necesario, pues, exigir a los tribunales una interpretación amplia de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria que dé cabida en el mismo a distintos supuestos no expresamente contemplados en el restringido tenor literal de la Ley.

De no ser así, nos encontraremos con supuestos de flagrante injusticia material en los que se obliga al deudor a acudir a un procedimiento declarativo —que según lo previsto por el artículo 698 «nunca» va a producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución—, con la consecuencia posible de que finalizado este resulte la estimación de alguna reclamación que invalide la ejecución tramitada. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de admitir a trámite la oposición por defectos formales en los procedimientos de ejecución hipotecaria. En estos supuestos, ya se está admitiendo la forzada interpretación de que el artículo 698 permite tramitar la oposición por motivos formales al recoger, literalmente, los supuestos de nulidad del título pero no los de nulidad de actuaciones como el antiguo artículo 132 LH²⁸. Actualmente, sin embargo, la posible aplicación del artículo 552.1 —sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en el título ejecutivo— al procedimiento de ejecución hipotecaria, a la vista de la aplicación supletoria de esa normativa por remisión del artículo 681 permitiría entrar a analizar estos supuestos de oficio por el Juez. Es decir que, por aplicación supletoria del artículo 552, el Juez podría de oficio en el procedimiento de ejecución hipotecaria, declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que afecta al título ejecutivo. Admitida la posible apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, entiendo que nada obsta a una interpretación favorable a la posibilidad de que estas sean puestas de manifiesto por el deudor hipotecario como motivo de oposición.

Esta parece ser la tesis por la que se inclina el TJUE cuando en su Sentencia de 17 de julio de 2014, con referencia a la doctrina sostenida en el caso AZIZ

(STJUE de 14 de marzo de 2013), entiende que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que es contrario a ella que un Estado miembro que no prevea la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas que constituyan fundamento de la ejecución y que no permita que el Juez que conozca del procedimiento declarativo para apreciar el carácter abusivo de la misma pueda adoptar medidas cautelares tales como la suspensión el procedimiento de ejecución.

Ciertamente criticable resulta, en este contexto, la enorme miopía y ligereza de actuación del legislador español que, obligado por dicha sentencia, se limita a reformar tan solo el apartado 4 del art. 695 (RDL 11/2014, de 5 de septiembre) en lo relativo a la apelación del deudor obviando cualquier posible modificación del sistema de ejecución hipotecaria en el extremo que ahora nos ocupa.

Por otra parte, la nueva regulación instaurada con la reforma de 2013 genera problemas añadidos en aquellos supuestos en los que la cláusula cuya abusividad se alega como motivo de oposición pactó unos intereses de demora desproporcionados y sirvió como base para determinar la cantidad exigible en la ejecución. En estos supuestos la cláusula es claramente admisible como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria *ex* artículo 695.1.4.^a — *in fine* —. Pero surgen importantes problemas de interpretación respecto de los efectos que ello genera en el procedimiento de ejecución cuando se trate de una vivienda habitual.

El efecto de considerar abusiva una cláusula que sirvió de base para determinar la cantidad exigible, en nada empuja a la tramitación en sí del procedimiento de ejecución que seguirá su curso; eso sí, teniendo dicha cláusula por no puesta al considerarla inaplicable (art. 695.3.2 en relación con 695.1.4.^a). La consecuencia lógica del efecto anterior es que la ejecución continúa, si bien rebajándose la cantidad exigible en la totalidad del monto económico a que se refería la cláusula anulada. Sin embargo, paradójicamente, la reforma de 2013 que, en principio, se promulga pretendiendo introducir medidas de especial protección a las viviendas habituales gravadas con hipoteca²⁹, se torna en este punto más perjudicial para este tipo de inmuebles (vivienda habitual) que para cualesquiera otros diferentes.

En virtud del procedimiento previsto en la cuestionada DT 2.^a de la Ley 1/2013³⁰, cuando se trate de viviendas habituales habrá que proceder a la integración judicial (o notarial, en su caso) de la cláusula abusiva otorgando al ejecutante un plazo de 10 días para recalcular los intereses de demora de conformidad con el límite máximo introducido por el artículo 114.2. Ello supone que la cláusula abusiva no se va a considerar inaplicable sino que va a ser reintegrada y, en función de lo que de ello resulte, modificada también la cantidad por la que se ha despachado ejecución. Frente a esta situación exigible tan solo respecto de las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual, se alza la solución que impera en el resto de ejecuciones hipotecarias: cuando la cláusula abusiva haya servido para determinar la cantidad exigible en el procedimiento de ejecución, su declaración de nulidad obligará a considerarla inaplicable y,

por tanto, las cantidades por ella determinadas no podrán servir de base —en ninguna medida— para recalcular el valor por el que se despacha ejecución. De ningún otro modo cabría interpretar la dicción literal del artículo 695.3 párrafo 2.º al establecer que «de estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva».

Ante esta dualidad de soluciones contrapuestas, una primera opción podría consistir en interpretar extensivamente el procedimiento previsto en la DT 2.ª y considerarlo aplicable a la ejecución de todo tipo de hipotecas independientemente de la cualidad del inmueble que con ellas se grave. Pero dado que la doctrina del TJUE lo que propugna es la inaplicación de las cláusulas abusivas (y no su integración por parte del órgano judicial)³¹ y, precisamente por ello, dada también la más que dudosa adaptación del procedimiento previsto en la DT 2.ª a la normativa europea, parece sin duda más razonable no solo no considerar su aplicación extensiva sino suspender, incluso, la propia aplicación de la Disposición hasta tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada.

En todo caso, cabe anotar que en el momento de ultimar la redacción de este trabajo, el Abogado General ha formulado ya sus conclusiones³² en el sentido de considerar contraria a la Directiva 93/13/CEE cualquier actuación judicial en relación con una cláusula abusiva que no sea la de declarar su nulidad, tenerla por no puesta y apartarla, por tanto, del procedimiento.

Sostiene literalmente que: «26. Según las citadas Sentencias [Banco Español de Crédito y AsbeekBrusse y de Man Grabbito], en virtud del artículo 6, apartado 1 de la Directiva) 93/14/CEE los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, de modo que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato celebrado con un consumidor 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 de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea posible».

De confirmarse, pues, por el TJUE las conclusiones formuladas ya por el Abogado General, una vez más la legislación española y, concretamente, la posibilidad judicial de moderación de la cuantía en las cláusulas de intereses moratorios consideradas abusivos (introducida por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013) evidenciaría su frontal vulneración de la normativa europea en materia de protección de consumidores y usuarios (Directiva 93/12/CEE).

6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Tras las reformas operadas en 2013 se diseñan en el proceso de ejecución hipotecaria dos posibles vías de control de la nulidad de concretas cláusulas

del título ejecutivo por su carácter abusivo. Así, pese a las críticas recibidas desde determinados sectores³³, puede afirmarse que el control procesal y, por tanto, la nulidad de las cláusulas abusivas en el seno del proceso de ejecución hipotecaria puede evidenciarse de oficio por el órgano judicial, o bien ponerse de manifiesto a instancia de parte³⁴. En todo caso, como trataré de argumentar a continuación, ambas vías deberán entenderse en sentido excluyente cuando versen sobre una misma causa, pues carece de sentido, amén de resultar anti-económico, que oídas las partes respecto de la posible nulidad de una cláusula evidenciada por el juez de oficio y desestimada esta, pueda luego el deudor reiterar la misma pretensión como motivo de oposición.

Si bien es cierto que la posibilidad de controlar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria no aparece expresamente regulada, la aplicación extensiva a dicho procedimiento de lo dispuesto en el artículo 552.1 resulta a mi juicio enteramente factible habida cuenta la remisión realizada por el artículo 681 LEC.

Así las cosas, el artículo 552.1 párrafo 2.º establece un incidente de audiencia a las partes que convocará el Tribunal cuando considerare, admitida la demanda, que alguna de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo pudiera ser nula por tener carácter abusivo. La puesta en relación de este precepto con el artículo 561.1.3.^a parece dar a entender que el momento procesal oportuno para convocar esta audiencia es entre la admisión de la demanda y el despacho de ejecución pues, a la vista de la audiencia el Tribunal podrá decretar bien la denegación de la ejecución, bien su despacho sin aplicación de la cláusula declarada abusiva. Sin embargo, la consideración como norma de *ius cogens* y, por tanto, de derecho imperativo, de toda la normativa de protección de consumidores y usuarios avala una interpretación distinta que permitiera al Juez plantear de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva en cualquier momento del procedimiento.

Esta novedosa posibilidad de control de oficio previa audiencia de las partes del artículo 552.1 viene a superar la tradicional regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria cuya celeridad residía, fundamentalmente, en la posibilidad de tramitarlo prácticamente sin contradicción³⁵. Pese a las reiteradas declaraciones del TC en el sentido de reconocer que el procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como lo concebía nuestra legislación, se adaptaba al Texto Constitucional³⁶ es lo cierto que la doctrina, y con ella el sentir social más clamoroso en estos últimos años, no pueden entender compatible con la Constitución un procedimiento que se tramitaba, en realidad, *inaudita parte debitoris*³⁷. La introducción, pues, de esta audiencia, aunque la misma solo se dé en el supuesto en el que el Juez entienda que alguna de las cláusulas puede presentar carácter abusivo resulta, en mi opinión loable; aun sin desconocer que la misma plantea no pocos interrogantes cuya interpretación, la jurisprudencia deberá ir perfilando.

Al margen del problema, ya comentado, que se suscita respecto del momento procesal oportuno para plantear de oficio la posible nulidad de una cláusula

por abusiva, otros extremos dignos de reflexión pueden ser los relativos a la necesidad de contradicción o audiencia para la declaración efectiva de la abusividad de una cláusula. Y, en este sentido, aunque tanto la doctrina sentada por el TJUE cuanto la propia regulación instaurada para su aplicación exijan dar audiencia a las partes³⁸, dicha audiencia —en el sentido de oír efectivamente a las partes— no puede interpretarse como estrictamente necesaria para decretar la abusividad de una cláusula; pues tiene declarado nuestro TC que el principio de contradicción se cumple con el mero hecho de facilitar a las partes la contradicción o audiencia³⁹. En consonancia con lo anterior, si debidamente convocadas las partes a la audiencia del artículo 552 no comparecieran estas —al margen de la eventual situación de rebeldía— el juez podrá, en todo caso y si así lo considerase, declarar la nulidad de aquella cláusula por entenderla abusiva.

La reforma de 2013, sin embargo, además de introducir esta novedosa posibilidad de control de oficio de las cláusulas abusivas previa audiencia de las partes, establece también un nuevo motivo de oposición a la ejecución consistente en denunciar —a instancia, pues, de parte— «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4.^a LEC)⁴⁰. En esta ocasión, sí se trata de una regulación específica para los procedimientos de ejecución hipotecaria; y sobre el carácter más restrictivo que este motivo de oposición adquiere en los procesos de ejecución hipotecaria frente a la ejecución ordinaria he tenido ocasión de pronunciarme con anterioridad y a esas reflexiones me remito. Interesante resulta, sin embargo, analizar el momento procesal oportuno en que dichas alegaciones hayan de ser puestas de manifiesto. La inexistencia de un plazo legalmente previsto para el planteamiento de estas causas de oposición abona dos posibles y distintas soluciones: A) la aplicación analógica del plazo de 10 días que el artículo 556 establece para la oposición en la ejecución ordinaria; o B) la posibilidad de plantear las causas de oposición en cualquier momento que medie entre la admisión de la demanda ejecutiva y el remate del bien. Pese a la existencia de argumentos que fortalecen la primera de las soluciones apuntadas —fundamentalmente la aplicación supletoria para lo no previsto de la normativa general—, comparto, con ACHÓN (2013, 3), que el hecho de que se permita la alegación de determinadas causas de oposición en la ejecución hipotecaria en nada asemeja ese trámite al incidente de oposición, ni a las causas que regulan para la ejecución ordinaria los artículos 556 y 557⁴¹. Entiendo, por tanto, que en el seno de la ejecución hipotecaria la alegación de la posible nulidad de una cláusula por abusiva podrá plantearse desde el momento en el que se admitió a trámite la demanda y hasta el momento del remate del bien. En este sentido, nótese además que nada obsta a que convocadas las partes por el Juez a la audiencia del artículo 552.1 pf. 2.^o para dilucidar la posible nulidad apreciada de oficio sobre alguna cláusula concreta, pueda el deudor plantear en ese momento la nulidad de otra cláusula distinta conforme al artículo 695.4.^a La

audiencia a que se refiere el artículo 552.1 parece tener lugar entre la admisión de la demanda y el despacho de ejecución y, sin embargo, nada obsta al posible planteamiento en ella de la causa de nulidad a que se refiere el artículo 695.4.

7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

En relación con los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva resulta conveniente distinguir entre los que se producen cuando la nulidad se decreta en el propio proceso de ejecución en el que se constata su carácter abusivo y los que se producen cuando la nulidad de la cláusula se decreta en un proceso declarativo incoado a tal fin.

A tenor de lo preceptuado en el artículo 695 tras la reforma de 2003, la declaración del carácter abusivo de una cláusula en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria debe suponer el sobreseimiento del mismo cuando la cláusula hubiere constituido el fundamento de la ejecución (situación esta que se da, *v. gr.*, en las cláusulas de vencimiento anticipado) o bien, la tramitación de la ejecución teniéndola por no puesta cuando la cláusula hubiera sido determinante de la cantidad por la que se despachó ejecución (arts. 695.1 4.^a y 695.3). En parecido sentido se pronuncian los artículos 552.1 y 561.3.^a en relación con la ejecución ordinaria y la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas aplicable al proceso de ejecución hipotecaria por remisión, como se vio, del artículo 681 LEC.

Por el contrario, la desestimación de la pretensión de nulidad de una cláusula abusiva convalida la ejecución instada por el acreedor, cuya vía queda expedita.

Esta —aparentemente— clara redacción del artículo 695.3 se torna mucho más compleja si la ponemos en relación con la DT 2.^a de la Ley 1/2013 sobre los efectos que produce en el proceso de ejecución en trámite, la declaración de nulidad de una cláusula por pactar intereses moratorios abusivos. Tal y como se tuvo ocasión de analizar en el apartado dedicado al estudio de las cláusulas en las que se pactan desproporcionados intereses de demora —a cuyas líneas me remito—, la reforma operada por la DT 2.^a de la Ley 1/2013 parece contravenir la normativa comunitaria y la doctrina del TJUE (Sentencia de 14 de junio de 2012, parágrafo 65) que expresamente establece la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin que puedan modificar estos el contenido de la misma. De esta manera y hasta tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena por considerar que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 no traspone de forma efectiva la Directiva 93/13/CEE, al impedir la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula abusiva, como exige el artículo 6.1, la situación en la que actualmente nos encontramos es que, legislativamente, el Juez deberá proceder a la integración de la cláusula instando

al acreedor a moderar los intereses de demora que se consideren abusivos sin decretar, por tanto, su nulidad ni expulsar la cláusula abusiva del contrato en el que se suscribió.

Ello no obstante, la beligerancia de los jueces de primera instancia en pro de un sentido común avalado por argumentos de justicia material, permite encontrar sentencias como la de 23 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Cáceres que aboga abiertamente por la imposibilidad de que el Juez pueda aplicar una cláusula declarada nula, ni siquiera previa moderación de los intereses abusivos pactados por las partes.

Por otra parte, siguiendo con los efectos que produce la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva en el seno del proceso de ejecución en que se decreta, hay que tener presente, que la estimación de dicha nulidad requiere de ciertas reflexiones sobre su extensión y alcance; es decir, sobre la extensión y alcance de los límites objetivos y subjetivos del efecto de cosa juzgada de dicha declaración de nulidad⁴².

La nulidad de una cláusula abusiva en este contexto solo es aplicable a quienes fueron parte en el proceso de ejecución en que se estima y en relación, exclusivamente, con el mismo. Así, esa declaración de nulidad ni puede, por un lado, desplegar efectos sobre otros consumidores afectados por la misma cláusula, que tendrán que instar su nulidad en un proceso específico mediante los mecanismos legalmente existentes (y ello porque no se daría la necesaria «identidad subjetiva» que permitiría considerar extendidos a ellos los efectos de cosa juzgada); ni puede, por otro lado, alegarse cosa juzgada aún entre esos mismos sujetos cuando sobrepasó el proceso de ejecución en el que se declaró la nulidad de una cláusula por abusiva (p. ej.: se pactó el vencimiento anticipado ante el impago de un único periodo de amortización) o inaplicada esta por ser determinante de la cantidad exigible, el acreedor inste posteriormente un nuevo procedimiento en el que, aunque amparado en la misma cláusula haya corregido su abusividad conforme a las exigencias legales.

Así, por ejemplo, transcurridos cuatro, cinco... (más de tres, en cualquier caso) periodos de amortización de la deuda impagados, el acreedor podrá solicitar el vencimiento anticipado sobre la base de una cláusula anteriormente declarada abusiva, en la que se preveía este ante el incumplimiento de un único periodo de amortización⁴³. O, del mismo modo, se admite —aunque este caso es, a mi juicio, más controvertido que el anterior— que el acreedor reclame unos intereses moratorios inferiores al límite legal establecido en el artículo 114 LH aunque la cláusula de intereses moratorios pactada lo fuera por unos intereses muy superiores y, precisamente por ello, hubiera sido considerada abusiva en un procedimiento anterior⁴⁴.

En mi opinión, sin embargo, dos argumentos cuestionan, esta última interpretación: uno de orden práctico y otro de orden teórico. Desde una perspectiva práctica y a la luz de la controvertida aplicación de la DT 2.^a, resultará que

cuando se trate de vivienda habitual y nos encontremos ante una cláusula de intereses moratorios superiores al límite de tres veces el interés legal del dinero (art. 114 LH) el secretario judicial otorgará a las partes la facultad de moderación del mismo y, a la vista de las nuevas cantidades acordadas continuará con la ejecución del procedimiento. En tales casos (siempre que se aplique la DT 2.^a, en espera de una solución definitiva frente a las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE contra ella, anteriormente tratadas) la ejecución se tramitará conforme a la nueva cantidad exigible que resulte de la aplicación de la corrección de la cláusula abusiva. Con ello, desaparecería el escenario anteriormente representado en el que la inaplicación de una cláusula abusiva permite el acreedor intentar de nuevo la ejecución con la moderación de la misma dentro de los límites legales. Y, junto a ello, pero desde una perspectiva más teórica en esta ocasión, no podemos dejar de plantearnos si dada la naturaleza sancionatoria de los intereses moratorios⁴⁵ debieran ser estos, en todo caso, producto de un pacto entre las partes (dentro de los límites legales —art. 114 LH—) sin que fuera admisible su fijación unilateral por el acreedor. Quizás tan solo cabría admitir el supuesto en el que el acreedor se limitara a reclamar como intereses de demora el interés legal del dinero; y ello porque así lo dispone en ausencia de pacto el artículo 1108 del CC pero no porque se reconozca, en modo alguno al acreedor una facultad unilateral para la determinación de los intereses.

Al margen, como se ha visto, de los efectos que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva pueda producir en el proceso de ejecución en curso, se anunció que se estudiarían también, los efectos que se producen cuando la declaración de nulidad se obtiene en el seno de un proceso declarativo.

A priori, cabría afirmar, como punto de partida, que la declaración del carácter abusivo de una cláusula en el seno de un proceso instado a tal fin, desplegará efectos concretos en un proceso de ejecución en curso cuando concorra la identidad subjetiva de las partes en ambos procedimientos. Sin embargo, esta afirmación adquiere importantes matices en aquellos supuestos en los que el procedimiento declarativo instado, lo es en ejercicio de una acción de cesación de las condiciones generales de la contratación (supuesto que da lugar a la ya citada STS de 9 de mayo de 2013), en cuyo caso —como sostiene GIMENO— habría que interpretar que la nulidad debe desplegar efectos *extunc* y *erga omnes*⁴⁶.

De este modo, si incoado un proceso declarativo en el ejercicio de una acción colectiva de cesación de las condiciones generales de contratación se declarase la nulidad de una cláusula (o varias) por abusiva(s), desplegará esta claros efectos en el contrato suscrito, debiendo partirse de su nulidad y del hecho, por tanto, de ser tenidas por no puestas en cualquier intento futuro de ejecución.

Sin embargo, mayores problemas suscita la determinación de los efectos que produce la declaración de nulidad de estas cláusulas en aquellos procesos de ejecución concretos, ya finalizados pero tramitados al amparo de las mismas, con

anterioridad al reconocimiento y constatación de su carácter abusivo. Porque de no admitirse la devolución al deudor ejecutado de las cantidades cobradas por el acreedor sobre la base de una cláusula considerada nula, se estaría aceptando como lícito un enriquecimiento injusto de dicho acreedor a costa del deudor. La polémica se desata con la declaración de irretroactividad formulada por la STS de 9 de mayo de 2013 en cuyo análisis se profundizará a continuación.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE JUSTICIA MATERIAL: DERECHO DE REINTEGRO (DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR EL ACREEDOR EJECUTANTE) VS ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La cuestión, para centrar el objeto de debate, gira en torno a lo siguiente: si declarado el carácter abusivo de una cláusula y, por tanto su nulidad, debe o no debe tener el deudor hipotecario derecho al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por el acreedor sobre la base de dichas cláusulas nulas.

Efectivamente, la polémica viene servida por la declaración de irretroactividad efectuada por la STS de 9 de mayo de 2013 tras la estimación de la nulidad de determinadas cláusulas que considera abusivas. Tal declaración de irretroactividad impide la propia utilización de esta Sentencia como título legítimo para la restitución al deudor de cantidades que las entidades crediticias cobraron en virtud de unas cláusulas suelo declaradas nulas generándose así, lo que cabría considerar como un enriquecimiento injusto de dichos acreedores.

La argumentación efectuada por la Sentencia en términos —a mi juicio— más económicos que jurídicos⁴⁷, además de resultar altamente criticable⁴⁸, genera la curiosa paradoja de que quienes no fueron parte del procedimiento declarativo podrán verse restituidos de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades crediticias en virtud de la estimación de individuales acciones de nulidad de esas cláusulas ya declaradas abusivas por el TS, mientras que quienes fueron parte del mismo tendrán, necesariamente, que acatar el efecto irretroactivo de la sentencia.

Esta paradójica situación se justifica por la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada material de la sentencia que, no se olvide, fue dictada al amparo de una acción de cesación⁴⁹. Conviene tener presente que la acción de cesación conlleva determinadas características propias que la delimitan y distinguen de otras como, por ejemplo, la acción de tutela de intereses colectivos y difusos (arts. 11.2 y 3 LEC). En esta última, el demandante actúa en representación de numerosos consumidores a los que sí afectará la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada material; pero en la acción de cesación, el demandante actúa, exclusivamente, en su propio nombre y representación⁵⁰. Así las cosas, nada impediría —como de hecho ya ha sucedido en la práctica— que tras la decla-

ración de nulidad de determinadas cláusulas alcanzada como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación (STS de 9 de mayo de 2013), consumidores diferentes de aquellos que fueron parte en el procedimiento pero afectados por la misma situación material, solicitaran —pese a la declaración de irretroactividad de la sentencia— la restitución de las cantidades que esas mismas entidades crediticias les cobraron indebidamente.

En consecuencia, frente a la declaración de irretroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013 que afecta a quienes fueron parte en el procedimiento, asistimos a la paradójica estimación de determinadas acciones de nulidad interpuestas por consumidores individuales que no fueron parte en el anterior proceso y a los que sí se les restituyen las cantidades que les fueron indebidamente cobradas. Esta es la solución alcanzada por las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 10 de mayo de 2013 (por la que se condena al Banco Popular a la devolución de las cantidades), de 13 de mayo de 2013 (que condena a la devolución a NCG), o de 21 de mayo de 2013 (que condena de nuevo al Banco Popular); en el mismo sentido la de 23 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (por la que se condena a Cajamar) o la de 19 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (por la que se condena a NCG). Como con acierto argumenta esta última sentencia, la STS de 9 de mayo de 2013 proclama su propia irretroactividad⁵¹ pero no la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo con carácter general. Habrá de ser, pues, el juzgador quien atendiendo a las circunstancias del caso se pronuncie sobre la restitución de las cantidades indebidamente cobradas al amparo de las cláusulas declaradas nulas. Pero el problema es que la interpretación judicial, lejos de ser pacífica comienza a exteriorizar profundas contradicciones y precisamente esta última sentencia citada, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao ha sido recientemente revocada por la AP Bizkaia⁵² dejando sin efecto la condena del banco a devolver a los actores las cantidades que abonaron en virtud de la cláusula que se declaró nula. Argumenta la Audiencia, en primer lugar, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no puede producir efectos de cosa juzgada en el caso que enjuicia por no coincidir ni los demandantes, ni la pretensión ejercitada ni la *causa petendi*. Y, en segundo lugar que la devolución de las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula suelo declarada nula sí tiene —frente a lo que sostiene la Sentencia de instancia— transcendencia en el orden socioeconómico; pues su éxito supondría una llamada a la formulación de reclamaciones por parte de todos los consumidores suscriptores de contratos de préstamos con estipulaciones similares.

Resulta cuanto menos llamativo y, desde luego, desalentador, que en plena crisis económica, provocada por la exacerbación del capitalismo a ultranza, una vez más los poderes públicos —en este caso, el judicial— aprovechen o, mejor, desaprovechen la espléndida oportunidad que brindaba

el enjuiciamiento de estos supuestos para mitigar algunos efectos perversos de la radicalización de este sistema económico. En puridad y en resumen, la posición sostenida por esta Audiencia Provincial de Bizkaia —precedente previsible de sentencias posteriores— no es sino la consagración del triunfo del capitalismo extremo; supone mantener en la práctica una situación injusta —tan injusta, que ha llegado a ser declarada nula por los Tribunales— como es el cobro indebido de unas cantidades abusivas, porque ajustarla a Derecho puede constituir un riesgo para el «orden socioeconómico»; es decir, desde la perspectiva de esta sentencia, un riesgo para el «orden socioeconómico» es, en puridad, un riesgo para las entidades bancarias. Porque, entiéndase bien que lo que se está sosteniendo con ello es que el hecho de que los bancos tengan que devolver un dinero injustamente obtenido a costa de los ciudadanos, puede generar un riesgo para el orden socioeconómico; pero perjudicar, engañar y estafar a los particulares no parece suponer riesgo alguno para el conjunto de esta sociedad... para ese mismo «orden socioeconómico». Ante esto no queda sino preguntarnos si es que desde esta visión de la economía, los consumidores no forman parte del orden socioeconómico... a qué parte de ese orden se supone que no pertenecen... ¿al social o al económico?... Dónde queda la ética social, la ética pública o la ética de los negocios es la pregunta que cabe hacerse a continuación. Porque sin lugar a dudas, el efecto directo de esa no devolución de las cantidades ilícitamente cobradas por las entidades bancarias en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas constituye un llamamiento a su utilización y perpetuación en los contratos hipotecarios. En realidad, esto es lo que supone un riesgo para el orden socioeconómico. En mi opinión, estas resoluciones son auténticas generadoras de alarma social.

A mayor abundamiento, una interpretación como la descrita es directamente contraria al artículo 9.2 de la CE que mandata a los poderes públicos a promover las condiciones para convertir en reales y efectivas la libertad e igualdad de los individuos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de estos en la vida política, económica, cultural y social. Con la extensión de la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013 y seguida por la SAP Bizkaia que ahora se comenta, valores como la igualdad, que se suponen superiores del ordenamiento jurídico, quedan relegados frente a una abstracta apelación a un orden socioeconómico —parcialmente entendido— con infracción clara del mandato constitucional.

Esta situación de inseguridad, desigual y discriminatoria, no tendría por qué llegar a suceder si, como con acierto razona GIMENO (2013, 5), se asumiera que la declaración de nulidad, lejos de ceñirse a quienes hubieran sido parte en el proceso desplegara efectos *ex tunc* y *erga omnes*⁵³.

En todo caso y aun siendo consciente de la complejidad económica de la propuesta, entiendo que debiera propugnarse una aplicación retroactiva de la

doctrina sentada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 de forma tal que los deudores que hayan resultado desahuciados o hayan perdido sus bienes en virtud de un procedimiento de ejecución cuyo fundamento traía causa de una cláusula abusiva, puedan recuperar los mismos o, al menos, conseguir una indemnización que palse el injusto perjuicio económico sufrido. En el peor de los escenarios, aun admitiendo —o, con mayor propiedad, «acatando»— la irretroactividad de la declaración de nulidad, comparto la posición de ACHÓN BRUÑÉN (2013, 1) al considerar que si las cláusulas pactaban unos intereses desproporcionados o incrementaban desproporcionadamente la cantidad debida por el deudor, deberán verse afectadas por la nulidad cuando, aun habiendo concluido el procedimiento de ejecución hipotecaria reste todavía algún importe pendiente de pago en virtud del cual el deudor viere sus bienes sometidos a embargo por haber resultado insuficiente la garantía hipotecaria⁵⁴.

En el momento de corregir las pruebas para la publicación de este trabajo, la prensa recoge la noticia de una Sentencia del TS todavía no redactada ni firmada, en la que —al parecer— se va a consagrar la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por los bancos pero solo desde mayo de 2013 (fecha de la resolución judicial afectada)⁵⁵.

IV. Y... SEGUIMOS CON EL *FAVOR CREDITORIS* ...: DE LOS EFECTOS DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA OPOSICIÓN

Otra consecuencia, sin duda curiosa, de la reforma de 2013 en el artículo 695.4 LEC residió en que al otorgar diferentes efectos al auto estimatorio o desestimatorio de la oposición, colocaba al acreedor y al ejecutado ante panoramas procesales muy diversos y ciertamente ventajosos para el acreedor hipotecario. Califico de «curiosa» esta superior posición en la que se colocó al acreedor hipotecario no solo por lo que ello pudiera suponer respecto de una posible afectación al principio de igualdad de armas en el proceso⁵⁶ sino porque se trata de una reforma que, paradójicamente, el propio legislador confesaba haber realizado en atención a la delicada situación por la que en este momento histórico atraviesan los deudores hipotecarios⁵⁷.

Efectivamente, los apartados 3 y 4 del artículo 695 LEC diseñaron diferentes panoramas procesales en función de si el auto es estimatorio o desestimatorio de la pretendida nulidad de una cláusula abusiva.

Frente al auto estimatorio de la nulidad y que, en consecuencia, decretara bien el sobreseimiento de la ejecución, bien la inaplicación de la cláusula en caso de continuar adelante el procedimiento, el ejecutante podía interponer recurso de apelación. Sin embargo, si el auto era desestimatorio de la pretendida nulidad no solo no era susceptible de recurso alguno sino que dado que sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se había dictado,

al deudor le quedaba tan solo la posibilidad de acudir al declarativo posterior; en aparente contradicción, por cierto, con el dictado literal del artículo 698 según el cual dicho procedimiento declarativo cabría tan solo para dilucidar cuestiones «no comprendidas en los artículos anteriores».

Las ventajas y desventajas de la potencial apelación que se brinda al acreedor ejecutante frente al declarativo posterior que resta al ejecutado han sido resumidas con acierto por DE LUCCHI y RUIZ RICO⁵⁸, pues lo cierto es que los costes de abogado y procurador en el declarativo resultaban muy superiores perjudicándose con ello la posición procesal del ejecutado. Añaden los autores citados que la apelación supone, además, la emisión de una sentencia por parte de un Tribunal colegiado con las garantías añadidas que este hecho conlleva. Y, por último que, tampoco cabía entender perjudicial la limitación probatoria de la apelación frente a la libertad de prueba del declarativo por cuanto, en el caso concreto de apelación de un auto de sobreseimiento por estimar la nulidad de la cláusula abusiva, las partes gozaron de ilimitadas posibilidades de alegación y prueba en el incidente de oposición diseñado al efecto por el apartado 2 del artículo 695.

En puridad, pues, con esta incoherente regulación de los efectos del auto resolutorio de la oposición a la ejecución hipotecaria no podía sino concluirse que se cerraba, una vez más, el círculo de una reforma inspirada, de nuevo, en el *favor creditoris* como se argumentó ya desde el inicio del presente trabajo.

Y, de nuevo, también en esta ocasión hubo de ser el TJUE quien viniera a recordarle al legislador español los postulados básicos del principio de igualdad que cabezonamente insistía este en transgredir. Así, en la STJUE de 17 de julio de 2014 y en recordatorio de lo obvio, sostiene el TJUE que «el principio de igualdad de armas, lo mismo que en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria».

A la vista, pues, de esta nueva llamada de atención sobre la inadecuación de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13/CEE, el legislador español acomete una nueva reforma, esta vez mediante el RDL 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia salarial en cuya Disposición Final Tercera modifica el artículo 695.4 LEC permitiendo la apelación frente a la resolución desestimatoria de la oposición ejercitada por el deudor.

V. CONCLUSIONES

I. La inadecuación de nuestro sistema de ejecución hipotecaria (antes de la reforma de 2013) a la normativa europea de protección de consumidores,

constatada por el TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2104, si bien no puso de manifiesto ningún óbice constitucional añadido sí obligó a introducir un nuevo motivo de oposición fundado en la existencia de una cláusula contractual abusiva cundo constituyera esta el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

II. Para la constatación del carácter abusivo de una cláusula suelo no bastará, tras la STS de 9 de mayo de 2013, con respetar las condiciones de transparencia exigidas por la Ley de condiciones generales de la contratación y la normativa sectorial vigente, sino que habrá que analizar también el cumplimiento de las exigencias incluidas en la propia sentencia; ello supone que el cliente ha de alcanzar un perfecto conocimiento no solo de la cláusula suelo que contrata sino de su trascendencia y la incidencia real que puede suponer en el coste del crédito.

III. La posibilidad de que judicialmente pueda integrarse una cláusula abusiva de intereses moratorios recalculando estos conforme a lo previsto en la DT 2.^a de la Ley 1/2013 choca frontalmente con la doctrina del TJUE en función de la cual las cláusulas abusivas deben ser tenidas por no puestas. Resultaría aconsejable la suspensión de su aplicación hasta tanto se resuelva la cuestión prejudicial interpuesta al respecto ante el TJUE.

IV. La consideración como abusiva de toda cláusula que pacte el vencimiento anticipado de una deuda ante el impago de menos de tres cuotas de amortización es una solución simplista que no respeta la amplitud de criterios con que la doctrina del TJUE entiende que deben analizarse este tipo de cláusulas y que atiende fundamentalmente, a las circunstancias propias de cada caso concreto y al equilibrio entre las partes, en relación con el propio crédito hipotecario.

V. La limitaciones legalmente establecidas para que el carácter abusivo de una cláusula constituya motivo de oposición en la ejecución hipotecaria (que «constituya el fundamento de la ejecución o «hubiese determinado la cantidad exigible») contrastan con una deseable interpretación extensiva de los motivos de oposición entre los que tenga cabida, por ejemplo, la nulidad del título por defectos formales —apreciada de oficio o denunciada por la parte deudora—.

VI. El control procesal de las cláusulas abusivas puede realizarse de oficio (a través de un incidente de audiencia a las partes al que convocará el Tribunal cuando así lo estime) o a instancia de parte (que lo podrá denunciar en cualquier momento del procedimiento que medie entre la admisión a trámite de la demanda y el remate del bien). Si la parte planteara la nulidad de una cláusula abusiva en el incidente de audiencia convocado por el Juez, aunque lo sea a raíz de la supuesta nulidad de una cláusula distinta, el planteamiento de la nulidad de estas cláusulas debe entenderse excluyente de modo que no podrán ser interpuestas en otro momento posterior.

VII. Cuando la nulidad de una cláusula abusiva se declare en el seno de un proceso de ejecución afectará tan solo a quienes fueron parte en el proceso

de ejecución en que se estima y en relación, exclusivamente, con el mismo. Esa declaración de nulidad, ni puede desplegar efectos sobre otros consumidores afectados por la misma cláusula, que tendrán que instar su nulidad en un proceso específico (porque no se daría la necesaria «identidad subjetiva» que permitiría considerar extendidos a ellos los efectos de cosa juzgada); ni puede fundamentar la alegación de cosa juzgada aún entre esos mismos sujetos cuando sobrepasado el proceso de ejecución en el que se declaró la nulidad de una cláusula por abusiva o inaplicable esta por ser determinante de la cantidad exigible, el acreedor inste posteriormente un nuevo procedimiento en el que, aunque amparado en la misma cláusula haya corregido su abusividad conforme a las exigencias legales.

VIII. Cuando la nulidad de una cláusula abusiva se declare en el seno de un proceso declarativo, por el ejercicio de una acción colectiva de cesación de las condiciones generales de contratación, habrá de ser tenida por no puesta en cualquier intento futuro de ejecución. Pese a que el TS ha considerado que tal declaración de nulidad no afecta a aquellos procesos de ejecución que hubieren podido tramitarse con anterioridad al amparo de dichas cláusulas nulas, en puridad, tales situaciones generan un enriquecimiento injusto de la entidad acreedora que debieran justificar, en estrictos términos de justicia material, el reembolso de las cantidades cobradas a su amparo. La dispersión de la jurisprudencia menor existente en el momento de redacción de este trabajo impide tener por definitiva cualquier posición al respecto pero la STS de 9 de mayo de 2013 permite aventurar la pesimista tesis de que estas cantidades no serán devueltas a los deudores al amparo del hipotético riesgo que según sostiene, ello conllevaría para el orden socioeconómico y ello pese al anuncio de una sentencia en la que parece que el TD va a consagrar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde mayo de 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto de 31 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona
- Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena
- ATC 113/2011, de 19 de julio de 2011
- ATS de 3 de junio de 2013
- Sentencia de la AP Bizkaia, Sección 4.^a, de 10 de febrero
- Sentencia de la AP Girona, Sección 1.^a, 111/2013 de 19 de marzo
- Sentencia de 2 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona
- Sentencia de 10 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense

- Sentencia de 13 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense
- Sentencia de 19 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao
- Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense
- Sentencia de 23 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga
- Sentencia de 23 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Cáceres
- STC 18 de diciembre de 1981
- STC de 17 de mayo de 1985
- STC 142/2006 de 8 de mayo, Sala Segunda, rec. 3523/2003
- STJUE de 4 de junio de 2009 (Pannon)
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif plus Bank Zrt)
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STS de 2 de octubre de 2001
- STS núm. 430/2009, de 4 de junio, rec. 2586/2004
- STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013
- STS de 18 de octubre de 2013, rec. 10487/2013
- STS de 14 de octubre de 2013, rec. 1501/2012

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013a). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065.
- (2013b). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.
- ARROYO, F. J. (2014). Prólogo. En: J. López Jiménez (coord.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, [en línea] disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/>, núm. 6.
- CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores

- hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, [en línea], núm. 31, disponible en www.iustel.com
- FUENTES SORIANO, O. (1998). *El proceso de ejecución hipotecaria*. Madrid: Edijus.
- (2013). Comentarios a los artículos 695 a 698. En: J. M. Asencio Mellado (coord.). *Ley de enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia*, Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 1954-1970.
- GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116.
- GUASP, J. (1951). *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- JUDT, T. (2010). *Algo va mal*. Madrid: Taurus.
- LÓPEZ JIMÉNEZ J. M. (Coord.) (2014). *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Barcelona: Bosch.
- (2014). Diez ideas clave sobre la cláusula suelo. *Diario La Ley*, núm. 8273, de 18 de marzo de 2014.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154.
- STIGLITZ, J. E. (2013). *El precio de la desigualdad*. Madrid: Prisa Ediciones.
- VVAA (2013). Conclusiones de las Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del FJUE en materia de cláusulas abusivas. [En línea], disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Conclusiones_de_la_Jornada_sobre_las_repercusiones_de_la_doctrina_del_TJUE_en_materia_de_clausulas_abusivas_en_ejecuciones_hipotecarias.
- ZURITA MARTÍN, P. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

NOTAS

¹ JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, 2010, p. 17.

² STIGLITZ, J. E., *El precio de la desigualdad*, Prisa Ediciones, 2013, pp. 11-13.

³ Sobre el tema, in extenso LÓPEZ JIMÉNEZ J. M. (coord.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, 2014; de forma esquemática, también en «Diez ideas clave sobre la cláusula suelo», *La Ley*, núm. 8273, de 18 de marzo de 2014.

⁴ Mayor detalle en las cifras puede obtenerse consultando el informe anual de 2012 del Banco de España, disponible en http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/MSB_2012.pdf

⁵ Sobre este tema he tenido ocasión de ocuparme, in extenso en *El proceso de ejecución hipotecaria*, Edijus, Madrid, 1998.

⁶ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell plantea cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579.2 LEC al entender que la limitación de los motivos de oposición a la ejecución impiden al juzgador abordar el examen de los motivos aducidos por el ejecutado, sin que la remisión al procedimiento plenario represente una efectiva garantía de protección de sus legítimos intereses, provocando la indefensión del ejecutado en relación con la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en la Constitución. A ello añade la indefensión producida a la parte ejecutada en caso de insuficiencia solutoria del producto de la subasta del bien ejecutado como consecuencia de la ausencia de un trámite de oposición a la ejecución cuando esta prosiga por el cauce del procedimiento de ejecución

ordinario. La cuestión de constitucionalidad planteada es inadmitida por el Pleno del TC, con el voto particular del Magistrado Eugeni GAY MONTALVO. El auto recuerda una vez más la consolidada doctrina del TC según la cual, y con referencia a SSTC desde 1981, «este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE».

⁷ STJUE de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelva la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de dicha Directiva.

⁸ Traigo a este trabajo reflexiones que he manifestado en FUENTES SORIANO, O. (2013). Comentarios a los artículos 695 a 698. En: J. M. Asencio Mellado (coord.). *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*: Madrid: La Ley. Wolters Kluwer (1954 a 1970).

⁹ Sobre la interpretación de lo que deba considerarse «desequilibrio importante» en los derechos y obligaciones de las partes se ha pronunciado recientemente el TJUE a la luz de una cuestión prejudicial interpuesta por la AP Oviedo. Como bien resume el TJUE en la propia sentencia «Con su cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si el concepto de “desequilibrio importante”, que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si solo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor. La respuesta del Tribunal ante la cuestión planteada establece que «(...) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que: —La existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.—Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este» STJUE, Sala Primera, Sentencia de 16 de enero de 2014, C-226/2012.

¹⁰ Esta sentencia ha sido severamente criticada desde todas las ópticas posibles; así, las críticas van desde quienes la consideran atentatoria contra los derechos e intereses de las entidades crediticias, en este sentido CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. En *Diario La Ley* núm. 8159) hasta quienes entienden —mayoritariamente— que vulnera los derechos del consumidor [entre otros PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras

la STS de 9 de mayo de 2013. En: *Diario La Ley*, núm. 8154]. Como con acierto expresa ARROYO, esta Sentencia «ha generado un ‘tsunami’ jurídico y económico» (ARROYO, F. J. (2014). Prólogo. En: J. López Jiménez (coord.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch) cuyos efectos —añado al comentario— lejos de empezar a ser superados, comienzan a dejarse sentir en términos, como se verá en este trabajo, de enorme inseguridad jurídica.

¹¹ OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹² Sostiene la STS de 9 de mayo de 2013 que: «209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000 “[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”.

¹³ Aparecen así enumerados en su apartado séptimo de la parte dispositiva de la Sentencia.

¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154, p. 2. En parecido sentido, sostienen CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO que la interpretación sentada por esta sentencia supone la segura condena de toda entidad bancaria que haga constar una cláusula suelo/techo aunque lo haga con pleno respeto a la normativa sectorial reguladora de las condiciones de transparencia; pues dadas las exigencias de la sentencia será inevitable incurrir «en alguno de los nichos de no-transparencia» que la misma delimita en el párrafo 225. CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159, p. 2.

¹⁵ Jornadas organizadas por el CGPJ el 8 de mayo de 2013. En la conclusión séptima de las alcanzadas puede leerse: «7.- Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:

— En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, el que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (...)). Conclusiones disponibles en fecha 4 de noviembre de 2013 en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Conclusiones_de_la_Jornada_sobre_las_repercusiones_de_la_doctrina_del_TJUE_en_materia_de_clausulas_abusivas_en_ejecuciones_hipotecarias.

¹⁶ En este sentido GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

¹⁷ Como indica GIMENO, los límites vendrán marcados por el 15% si se trata de vivienda habitual (el interés legal del dinero para este año está fijado en un 5%; el triple del interés legal del dinero marcaría el límite del 15%) y muy por debajo del 18'5% en cualquier otro caso (intereses de demora declarados abusivos por la STJUE de 14 de marzo de 2013). GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

¹⁸ STJUE de 14 de junio de 2012. Sobre el tema puede verse ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.

¹⁹ STJUE de 14 de junio de 2012: Parágrafo 65 «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 esta 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 (...)».

²⁰ Auto JPIEI Núm. 2 de Marchena, de 16 de agosto de 2013. Ponente: Ruiz de Lara. Literalmente, se plantea al TJUE en este auto si la DT 2.ª de la Ley 1/2013 «no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación al consumidor de la misma».

²¹ En este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127, p. 3. Como acertadamente hace notar la autora, esto es lo que ha provocado ya la emisión de resoluciones decretando la nulidad por abusiva de determinadas cláusulas de intereses moratorios y, por tanto, conforme a ello, la imposibilidad de reclamarlos o de integrar la cláusula y la consiguiente obligación de tenerla por no puesta: AJPI núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013; SJM núm. 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013; o la SAP Girona, Sección 1.ª, 111/2013 de 19 de marzo.

²² GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

²³ Sobre la nulidad de otras cláusulas de vencimiento anticipado puede verse ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.

²⁴ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 20, disponible en www.iustel.com.

²⁵ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 20, disponible en www.iustel.com.

²⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, p. 7.

²⁷ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com

²⁸ En este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M. J., (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 3.

²⁹ Así se pone de manifiesto en el propio preámbulo de la Ley cuando establece, ya en su párrafo inicial, que «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual».

³⁰ Se ha referido ya en este trabajo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por parte del JPIEI núm. 2 de Marchena (Auto de 16 de agosto de 2013) en la que se pone en duda la adecuación del procedimiento de previsto en esta DT 2.^a con la normativa europea de protección de consumidores y, concretamente, con las disposiciones del artículo 6.1 de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

³¹ Véase STJUE de 14 de junio de 2012: Parágrafo 65, anteriormente citado.

³² Conclusiones de 16 de octubre de 2014 a los asuntos acumulados C-482/2013, C-484/2013, C-485/2013 y C-487/2013. Abogado General Nils Wahl.

³³ Vid. CARRASCO PERERA, A. (2013). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, [en línea] disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/>, núm. 6, p. 8: «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 solo cuando el juzgador considere *prima facie* que una cláusula puede ser abusiva, un incidente de audiencia y posición (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 artículo 688 LEC».

³⁴ La necesidad de arbitrar medidas más estrictas de control previo de las cláusulas para evitar que alcancen el estadio de la ejecución hipotecaria es un tema recurrentemente denunciado por la doctrina. En este sentido, ZURITA MARTÍN, P. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer. p. 254.

³⁵ Sostenía ya GUASP a mitad del pasado siglo y en relación con el procedimiento de ejecución del artículo 131 LH que «(...) se observa como más interesante la característica que antes precisamente fue indicada, a saber; la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones. Esta ausencia es uno de los puntos esenciales del nuevo procedimiento (...)». GUASP, J. (1951). *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. Pp. 47 y 48.

³⁶ La primera ocasión en la que el TC se manifestó a favor de la adecuación constitucional del procedimiento de ejecución hipotecaria fue en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, a tenor de la cual «(...) en dicho procedimiento se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido existe falta de controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición (...)». Esta posición fue mantenida por otras sentencias posteriores y pronto se consolidó una doctrina constitucional reiterada sobre tal extremo. Así, en idéntico sentido, la STC de 17 de mayo de 1985 sostuvo, poco tiempo después, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones. En realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición (...)». Precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la ausencia de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución». Esta posición mantenida por el TC hasta fechas escandalosamente recientes ha sido bien recibida por el legislador durante décadas que, amparado en ella, ha obviado cualquier reforma del procedimiento en ese sentido. Han tenido que transcurrir más de treinta años y ha tenido que ser desde instancias Europeas —a través del TJUE— desde dónde se ha podido vincular al legislador a adoptar determinadas garantías procesales en el procedimiento de ejecución a fin de que respete de esta forma la normativa comunitaria.

³⁷ Sobre este tema he tenido ocasión de trabajar en profundidad en FUENTES SORIANO, O. (1998). *El proceso de ejecución hipotecaria*. Madrid: Edijus.

³⁸ La obligación de dar audiencia a las partes con carácter previo a la declaración de la nulidad de oficio de una cláusula por abusiva la manifestó ya el TJUE en sus Sentencias de 4 de junio de 2009 (Pannon) o 21 de febrero de 2013 (Banif plus Bank Zrt). A ello se suma la declaración expresa efectuada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 de considerar contrario a la Directiva 93/13 el que la legislación nacional no permita al Juez controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. La asunción de ambos dictados por parte del legislador español ve la luz en el incidente de audiencia que el artículo 552 regula con carácter general pero que hemos de considerar plenamente aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria.

³⁹ STC 142/2006 de 8 de mayo, Sala Segunda, rec. 3523/2003, entre otras. Según el tenor literal de esta sentencia unánimemente compartido en la doctrina constitucional «(...) este Tribunal ha declarado que no se infringe el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable (...), lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas (...)». También el TS se hace eco de esta misma interpretación sosteniendo que «...dicho principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable...» SSTs de 18 de octubre de 2013, rec. 10487/2013, o de 14 de octubre de 2013, rec. 1501/2012, entre otras.

⁴⁰ Artículo 557.1.7.^a para la regulación general de la ejecución ordinaria.

⁴¹ ACHÓN BRUÑEN, M. J. (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 3.

⁴² Sobre el tema GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, pp. 4-6.

⁴³ Sobre el tema, ACHÓN BRUÑEN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, p. 7.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, V. (2013). «Las cláusulas abusivas». *Diario La Ley*, núm. 8116, p. 5.

⁴⁵ El carácter sancionatorio de los intereses de demora, determinado por su finalidad indemnizatoria de los perjuicios causados por el retraso del deudor en el pago ha sido puesto de manifiesto por el TS en constante jurisprudencia. Entre muchas otras, puede verse la STS núm. 430/2009, de 4 de junio (Rec. 2586/2004) con cita en el mismo sentido de la STS de 2 de octubre de 2001.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, p. 5. Matiza el autor, no obstante, respecto de los efectos *erga omnes* que «se limitarán exclusivamente a los empresarios que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

⁴⁷ «Es notorio —se sostiene a modo colofón en el párrafo 293 K— que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico».

⁴⁸ Un estudio crítico de esta sentencia y, especialmente, de su irretroactividad puede verse en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154. Igualmente crítico resulta también el estudio de CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159, *cit.*, *passim*.

⁴⁹ Sobre los efectos de cosa juzgada de las resoluciones declarativas de inaplicación de las cláusulas abusivas puede verse, GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, pp. 4 y sigs.

⁵⁰ Este matiz diferencial ha sido puesto de manifiesto, con acierto, por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154. p. 3.

⁵¹ Así en el párrafo 294 puede leerse que «consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de esta sentencia». Sobre el tema *vid.*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154. pp. 7 y 8.

⁵² AP Bizkaia, Sección 4.^a, Sentencia de 10 de febrero. Ponente: IRACHETA UNDA-GOITIA, Ana Belén.

⁵³ «(...) y ello —sostiene GIMENO— por haberlo afirmado así tanto la STJUE de 26 de abril de 2012 (TJCE 2012/98 —caso Menzeti Fogyasztóvédelmi contra Hungría—), como la propia jurisprudencia del TS. Pero tales efectos ‘erga omnes’ *se limitarán exclusivamente a los empresarios que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen aspectos declarados abusivos*». Acaba concluyendo este autor que tales efectos «tan solo se producirán en el seno de la jurisdicción concentrada de los Juzgados de lo mercantil con ocasión de la publicación de sentencias declarativas de nulidad de las condiciones generales de la contratación estimatorias de acciones colectivas de cesación». GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

⁵⁴ ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 1.

⁵⁵ En este sentido, también DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com

⁵⁶ economia.elpais.com/economia/2015/02/25/actualidad/1424883121_839911.html visitado el 26 de febrero de 2015).

⁵⁷ Así puede leerse en el Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a tenor del cual «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. (...) hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentra en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual».

⁵⁸ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com.

(Trabajo recibido el 10-4-2014 y aceptado
para su publicación el 21-4-2014)