



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Las cláusulas abusivas en el proceso civil: ejecución
hipotecaria y monitorio

Autor/es

Raúl Béjar Palacio

Director/es

Dr. Juan Francisco Herrero Perezagua

Universidad de Zaragoza

2016

A mi tutor, por su paciencia y dedicación

ÍNDICE

1. ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN.....	6
Capítulo 1.- Cláusulas abusivas.....	7
A.- Concepto de cláusulas abusivas.....	7
B- Tipos de cláusulas abusivas	9
1 - Cláusulas suelo.....	10
2 - Cláusulas de vencimiento anticipado	13
3 - Cláusulas de compensación de saldos.....	14
4 - Cláusulas de redondeo al alza	15
C- Características	15
D- Efectos de las cláusulas abusivas.....	17
Capítulo 2.- Cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria.....	18
A- Actuación de oficio.....	18
B- Procedimiento contradictorio: cauce y causas de oposición.....	22
C- Suspensión	24
D- Recursos.....	27
E- Cosa juzgada	29
Capítulo 3.- Cláusulas abusivas en el proceso monitorio	32
A- Actuación de oficio.....	32
B- Procedimiento contradictorio: cauce y causas de oposición.....	34
D- Recurso	38
E- Cosa juzgada	39
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	43

1. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil Español.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Directiva 93/13/CEE	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Ley 2/2009	Ley de 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.
Ley 1/2013	Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
Orden EHA/2899/2011	Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
p.	Página.
pp.	Páginas.

SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
SJPI	Sentencia Juzgado Primera Instancia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las cláusulas abusivas en el proceso civil, esencialmente en el de ejecución hipotecaria y en el monitorio.

Nace como respuesta a la actual situación que, si bien ya venía existiendo con anterioridad, en los últimos años ha venido cobrando un especial significado –tanto en el plano mediático como en lo social-. Significado que surge desde el momento en el que, los contratos donde se insertan este tipo de cláusulas, se utilizan como un instrumento a través del cual el empresario –dada su situación de superioridad- se beneficia de la situación de inferioridad del consumidor. Este trabajo pretende otorgar una visión de esa realidad social, orientada al mecanismo que el derecho otorga para defender los derechos frente a la posible abusividad de este tipo de contratos. Lo podemos dividir en tres partes.

El primer apartado lo conforma un estudio preliminar de lo que son las cláusulas abusivas –que servirá en adelante para sentar los cimientos del trabajo-, sus características y efectos, haciendo una especial mención a algunas de las más importantes -por su mayor aplicación social-, a fin de otorgar un conocimiento genérico sobre la materia y poder proceder a su desarrollo procesal.

En segundo lugar se hace un estudio del papel de las cláusulas abusivas dentro del proceso de ejecución hipotecaria. Se lleva a cabo un recorrido de la situación de este tipo de cláusulas en el curso del proceso –desde el control por parte de oficio del juez hasta el posible recurso-.

En tercer lugar –formando junto al segundo apartado, los pilares centrales del trabajo- encontramos la situación de las cláusulas abusivas en el procedimiento con mayor aplicación en la actualidad, haciendo también un recorrido por el mismo, desde su control judicial hasta su eventual recurso.

Todo ello a la luz de la Directiva de la Unión Europea y de como se ha introducido en el proceso a raíz de la falta de concordancia del derecho interno con la normativa europea en materia de cláusulas abusivas y del proceso para que, los consumidores, vean salvaguardadas sus pretensiones frente a la posición dominante del empresario.

Capítulo 1.- Cláusulas abusivas

A.- Concepto de cláusulas abusivas

Es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1998, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –en adelante Directiva 93/13/CEE- la que introduce un concepto de cláusula abusiva genérico aplicable a todos los Estados miembros, superando así las limitaciones surgidas de la multiplicidad de legislaciones nacionales. Esta directiva supone un avance en cuanto a seguridad jurídica se refiere, así como un impulso en esa creación del mercado interior que tanto persiguen las comunidades europeas desde sus tratados constitutivos. La Directiva 93/13/CEE es una directiva de mínimos y, por ende, los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas con una mayor protección de cara a los consumidores y usuarios, pero no a la inversa. No hay que olvidar que las directivas despliegan efecto interpretativo sobre el Derecho nacional aunque con el límite de que el juez no está obligado a hacer interpretaciones *contra legem* del mismo.

El Derecho español ya incorporaba en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, unas normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, pero no fue hasta la promulgación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, -en adelante LCGC- cuando se llevó a cabo una adaptación del Derecho interno a la citada Directiva. La regulación actual sobre las cláusulas abusivas la podemos encontrar en los artículos 82 y ss. del RD Leg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –en adelante TRLGDCU-.¹

Conforme a lo establecido en el artículo 82.1 del citado texto normativo, "*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*"

¹ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, Enrique "*Revista de Jurisprudencia*", número 1, el 1 de julio de 2015

En el precepto se distinguen tres elementos inherentes a la existencia de cláusulas abusivas: la inexistencia de una negociación individual, la intervención de un consumidor como parte contractual y un perjuicio al consumidor o un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones, en contra de la buena fe.

En cuanto al primer elemento, la inexistencia de una negociación individual, debemos precisar que la propia LGDCU no recoge una definición expresa. Es en la Directiva 93/13/CEE y en la Exposición de Motivos de la LCGC donde encontramos referencias a lo que debemos entender como cláusulas no negociadas individualmente. Se deduce de ambas legislaciones que serán todas aquellas cláusulas "*predispuestas (...), redactadas previamente y que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.*". Debemos destacar dos características principales, la predisposición -la redacción de cláusulas de manera unilateral por el empresario- y la imposición -la ausencia de posibilidad de negociación-.²

El segundo elemento, de naturaleza subjetiva, supone que el adherente del contrato deberá ser un consumidor. Tanto la LCGC como la LGDCU solamente aplican este régimen al contrato celebrado por un consumidor y un empresario, otorgando protección al sujeto débil en esta relación jurídico privada. Debemos mencionar el hecho de que no hay una desprotección por parte del legislador nacional a los empresarios como sujetos contractuales, únicamente no se aplicarán las reglas establecidas para los consumidores, dada la situación de inferioridad en la que estos sujetos se encuentran.

El último elemento que exige la ley es la causación de un perjuicio al consumidor o un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones, en contra de la buena fe. La LGDCU, en su artículo 82.3 establece que la declaración de una cláusula como abusiva "*se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*" por lo que la declaración de una cláusula como abusiva dependerá, en principio, de cada situación en concreto. No obstante, el propio artículo recoge una serie de cláusulas que en todo caso serán consideradas como abusivas:

- *Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.*

² NAVAS PASTOR, Ester "*Cláusulas abusivas de los contratos: análisis jurisprudencial*", en "*Economist & Jurist*", Vol. 19, Nº. 152, 2011, págs. 64-73.

- Las que limiten los derechos del consumidor y usuario.
- Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas
- Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

B- Tipos de cláusulas abusivas

La Directiva 93/13/CEE establece en su Anexo un listado -en relación con el apartado 3 del artículo 3.1- de cláusulas abusivas, que no puede entenderse como *numerus clausus*, dado que es el propio precepto el que instituye que el Anexo recoge una lista "*indicativa y no exhaustiva de cláusula que pueden ser declaradas abusivas*". Con base en la transposición al derecho interno de la Directiva 93/13/CEE, el legislador nacional ha recogido en los artículos 85 y siguientes del TRLGDCU, una serie de cláusulas relacionadas directamente con el Anexo de la Directiva, que en todo caso deberán ser consideradas como abusivas.

La diferencia entre ambos textos normativos es tan sutil como reseñable. La Directiva menciona una serie de cláusulas que conforman una "lista gris", es decir, "*pueden ser declaradas abusivas*", mientras que el TRLGDCU establece una "lista negra", esto es, que dichas cláusulas "*serán abusivas*" con carácter preceptivo. A tal efecto, cláusulas negras -o lista negra- son aquellas cláusulas que se consideran siempre abusivas y, por ende, nulas *iuris et de iure*, mientras que las cláusulas grises -o lista gris- son aquellas cláusulas que se consideran presuntamente abusivas, salvo prueba en contrario -hay que demostrar que no lo son-.

No sería posible abarcar en el presente trabajo la totalidad de cláusulas abusivas, pero sí mencionar aquellas que, con mayor frecuencia, se manifiestan en la realidad jurídica de los contratos.

1 - Cláusulas suelo

Las cláusulas suelo son definidas como aquellas limitaciones de beneficios derivados de las fluctuaciones a la baja del tipo de interés variable -en España como regla general es el "Euribor"- en los contratos de préstamo hipotecario. Este tipo de cláusulas se manifiesta en aquellos contratos de revisión del tipo de interés de tal manera que, aunque se sitúe por debajo del mínimo establecido en el contrato, no podrán hacerlo las cuotas de amortización del mismo.

La controversia acerca de la nulidad y licitud de las cláusulas suelo ha sido considerable en los últimos años, no sin razón, ya que este tipo de cláusulas han estado presentes en la mayoría de los contratos celebrados en nuestro país³ y, la aparente solución a dicha controversia aparece con la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 mayo 2013; sentencia que, estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 octubre 2011, se pronuncia sobre las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores.

Es conveniente entrar a valorar si las cláusulas suelo suponen -o no- un elemento esencial de los contratos ya que conforma gran parte del argumentario llevado a cabo por los distintos órganos jurisdiccionales se apoya en este aspecto. A tal efecto, podemos encontrar distintas líneas argumentativas provenientes de las sentencias analizadas con anterioridad.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 de septiembre, 246/2010

El procedimiento se inicia con una demanda de acción colectiva de cesación llevada a cabo por la asociación de consumidores AUSBANC contra diferentes entidades financieras, solicitando la declaración de nulidad las "cláusulas suelo" por considerarlas abusivas.

³ Así, según datos del Banco de España, el 97 por ciento de los contratos de préstamo hipotecario lo constituyen las hipotecas a tipo de interés variable y entre un 30 y un 40 por ciento de dichas hipotecas contienen este tipo de cláusulas.

El Juzgado de Mercantil núm. 2 de Sevilla entiende que no suponen un elemento esencial del contrato puesto que, si bien es cierto que las cláusulas suelo tienen una incidencia en la fijación de remuneración al prestamista, no son elementos esenciales del contrato, sino elementos accesorios de cláusulas que sí son esenciales. Estamos hablando -según el Juzgado- de aquellas que limitan o restringen cláusulas que determinan el tipo de interés aplicable; estas sí suponen un elemento esencial del contrato.⁴ De esta manera, las cláusulas suelo podrán llegar a aplicarse o no.

Aquí radica uno de los puntos en que se centra el debate ya que la principal obligación contractual del deudor es la devolución del importe recibido más los intereses, por tanto, si la cláusula suelo supone un elemento variable en el precio que va a tener que devolver el deudor, no puede concebirse como accesorio.

Declara el Juzgado la nulidad de las cláusulas suelo al entender que son abusivas por falta de reciprocidad, ya que hay una evidente desigualdad entre las cláusulas suelo y techo, es decir, las limitaciones al alza y a la baja.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 7 de octubre de 2011.

La sentencia se recurre por las entidades financieras ante la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial modifica la sentencia llevada a cabo en primera instancia por entender que las cláusulas en sí mismas no son lícitas. Para ello argumenta que *"la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis -y, en la misma línea el Banco de España- sí considera que las cláusulas suelo suponen un elemento esencial del contrato."*

Continúa diciendo el Tribunal que *"al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés y, en el caso que nos ocupa, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo."*

⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, Celia: "Revista de derecho bancario y bursátil," Año nº 33, Nº 133, 2014, págs. 295-344.

La AP viene a concluir la licitud de las cláusulas suelo, niega su carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo

Entiende el TS, en la misma línea que la AP, que la obligación principal en los préstamos hipotecarios celebrados con entidades crediticias viene constituido por la restitución del capital prestado y los intereses, formando parte del objeto principal del contrato -el importe a devolver-.

Declara el Alto Tribunal que las cláusulas suelo no pueden ser consideradas ilícitas de plano -en la misma línea se pronuncian las sentencias de las instancias-. Dicha licitud deriva de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Ley de 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y la Ley 1/1013 de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler social.

No obstante, se separa de la línea argumentativa llevada a cabo por la AP en tanto en cuanto si únicamente podemos decretar la abusividad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario cuando sea un contrato bilateral, esa situación nunca podrá producirse, ya que los contratos de préstamo hipotecario, por naturaleza, contienen obligaciones unilaterales.

Por ello, sí que podemos encontrarnos -según el TS- ante un contrato de préstamo hipotecario unilateral que contenga cláusulas abusivas ya que el foco se sitúa en el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, no del cumplimiento llevado a cabo por las entidades de crédito. No obstante, el reconocimiento normativo no otorga una validez absoluta, pudiendo decretarse la nulidad de las mismas siempre y cuando la entidad hipotecaria no cumpla con los deberes -entre otros - de transparencia legalmente exigidos. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable – señala el Auto de dicha sentencia- cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo

fijo, variable nada más al alza, y que constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva.

2 - Cláusulas de vencimiento anticipado

La LEC establece en su artículo 693 la posibilidad de que, por incumplimiento del deudor en su obligación de pago de alguno de los plazos, pueda el acreedor exigir el pago de la totalidad de la deuda. Este tipo de cláusulas plantean un serio problema, en tanto en cuanto supone poder exigir la totalidad de la deuda no vencida por el incumplimiento de alguno de los plazos.⁵

Es conveniente referirse a dos resoluciones que suponen un punto de inflexión en cuanto a este tema se refiere.

Sentencia del TJUE de 14 de Marzo de 2013

El TJUE declaró en su sentencia que un procedimiento de ejecución hipotecaria en donde el consumidor afectado no tuviera posibilidad alguna de formular oposición a la ejecución, alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, supone una vulneración de la Directiva 93/13/CEE.

Hay dos elementos a tener en cuenta, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, en lo referido a las cláusulas de vencimiento anticipado. En primer lugar,⁶ los clausulados deben ser recíprocos, es decir, no se permite una facultad de resolución unilateral y, en segundo lugar, debe haber una resolución basada en justa causa, esto es, en un incumplimiento verdadero vinculado a la contraparte –SAP de Valencia de 17 de Octubre de 1990-.

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio del 2015

En esta resolución el Tribunal Europeo, lo que viene a establecer es que los jueces españoles si consideran la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de abusiva, “aunque tal cláusula no haya llegado a aplicarse“, y a los efectos de garantizar el efecto

⁵ Con anterioridad a la reforma del 15 de Mayo de 2013, el artículo 693.2 de la LEC otorgaba la posibilidad de que, con el mero impago de uno de los plazos del total, se rescindiese el contrato y se exigiera la totalidad del importe. A partir de la reforma producida en dicha fecha, el número de plazos exigidos por la LEC para ello es de, al menos, tres.

⁶ PARDO GATO, José Ricardo; “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*”; Madrid: Difusa, 2004, pp. 166 – 167.

disuasorio de su establecimiento por los Bancos, el juez español debe deducir todas las consecuencias que lleva aparejada la declaración de tal carácter abusivo.

El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha de 11 de junio de 2015, supone un cambio en la línea de actuación en cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado se refiere, declarando que “cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.” Y que dicha abusividad deberá ser expulsada de inmediato del contrato y no moderarse su contenido hasta el mínimo legalmente exigible -salvo que de su exclusión derivase la rescisión del contrato y esto supusiera un perjuicio para el consumidor-.⁷

3 - Cláusulas de compensación de saldos

La compensación de saldos supone la posibilidad de liquidar saldos deudores y acreedores cuando en una relación contractual la misma persona es a su vez deudora y acreedora de otra. De esta manera, permite a la entidad acreedora aplicar cualquier saldo existente en una cuenta del deudor al pago de cualquier crédito a favor de la entidad, incluso en el supuesto de que la cuenta tenga varios titulares.

El TS ha ido variando en cuanto a la calificación de abusiva de este tipo de cláusulas ya que, si bien en un primer momento entendió que dichas cláusulas –con base en el artículo 88.1 del TRLGDCU- eran abusivas, sentencias posteriores –entre ellas cabe destacar la Sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009- han declarado como lícitas este tipo de cláusulas siempre y cuando sean “redactadas de forma transparente, clara, concreta y sencilla.”

⁷ Derivado de dicho Auto, las Audiencias Provinciales en líneas generales, han revocado las sentencias de primera instancia que declararon la abusividad de una cláusula o han sobreseído el procedimiento si este se encontraba ya en curso –véase sentencias como Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto de 30.10.2015 o Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), Auto de 15.09.2015-.

4 - Cláusulas de redondeo al alza

En los préstamos con interés variable, la variabilidad de ese interés -referido al Euribor- hace que la subida o bajada de este más el coeficiente aplicado, dé como resultado un tanto por ciento fraccionado o con numerosos decimales. Para solucionar esta variabilidad matemática se redondea a la alza. Este tipo de cláusulas se encuentra incorporada en el listado gris de cláusulas abusivas que recoge el Legislador comunitario en el anexo de la Directiva 93/13/CEE, y por el Legislador nacional en el artículo 87.5 –dentro de la lista negra- de TRLGDCU, por el perjuicio que supone al consumidor.

De los diversos pronunciamientos que lleva a cabo el Tribunal Supremo sobre la abusividad de este tipo de cláusulas debemos señalar las STS 663/2010 de 4 de noviembre - por entender que son *“estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.-, la STS 75/2011 de 2 de marzo y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de junio de 2010 que vienen a confirmar la abusividad de este tipo de cláusulas, todas ellas en la misma línea argumentativa.

C- Características

Para que las cláusulas sean declaradas como abusivas deben reunir una serie de características.

En primer lugar –tal y como recoge el artículo 82.1 TRLGDCU- que no haya sido negociada individualmente, uniforme e impuesta. Para la comprensión y aplicación de dicho artículo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido –a la luz del artículo 3.2, párr. 1º de la Directiva 93/13- que habrá ausencia de negociación individual siempre y cuando “haya sido redactada previamente” sin intervención alguna del consumidor parte en dicho contrato.

De esta primera característica podemos deslindar dos requisitos que han de concurrir:

1. No negociación individual o imposición: Habrá una falta de negociación individual siempre y cuando haya sido redactada previamente sin que intervenga

en su contenido el consumidor⁸. Dentro de esta característica debemos fijar a su vez tres precisiones.

I.- Se trata de cláusulas predispuestas, confeccionadas con anterioridad a la celebración del contrato;

II.- No ha podido influir en su contenido el adherente;

III.- Son cláusulas impuestas, siendo exigible que no haya podido eludir su aplicación si quiere obtener un determinado bien o servicio.

2. Uniformidad: Se puede definir como aquellas cláusulas predispuestas, cuya redacción permite que puedan ser incorporadas a diferentes contratos, y que impone una de las partes. Su regulación se recoge en el artículo 1 de la LCGC, considerando que son aquellas *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*. De esta manera se pretende proteger al consumidor por su situación subordinada, teniendo el predisponente mayor capacidad económica y un superior asesoramiento jurídico.

La Directiva excluye de su ámbito de aplicación aquellas cláusulas que han sido redactadas de manera clara y comprensible –vid art. 4.2.–, es decir, transparentes, y aquellas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas –vid art. 1.2.–, esto es, disposiciones aplicadas a aquellas relaciones jurídicas en defecto de acuerdo.⁹

En segundo lugar que supongan un desequilibrio contrario a la buena fe.

Es el artículo 1258 del CC el que recoge que, en materia de obligaciones contractuales *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”*

⁸ Así se recoge en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril 1993: *“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*.

⁹ SENÉS MOTILLA, Carmen, *“Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria”* Práctica de Tribunales, Nº 120, Editorial LA LEY, pág. 2

Para analizar qué debemos entender por un “desequilibrio contrario a la buena fe” hemos de analizarlo –en el ámbito de las cláusulas abusivas- desde el punto de vista objetivo, esto es, a través de la conducta o el comportamiento del sujeto. Para ello, el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, define la buena fe objetiva como “*rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.*”. En la misma sentencia se señala que “*el análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas las siguientes: b) Que en contra de exigencias de la buena fe (Noción objetiva) causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato*”. Finaliza el TS fallando a favor de los consumidores, eliminando las cláusulas de los contratos en los que las utilizan, ordenando abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo y mantener los contratos en vigor “*para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas*”.

Observamos pues cómo la buena fe objetiva es determinada por el TS y utilizada como un límite a la libre actuación por parte del predisponente en materia contractual.

En tercer lugar que dicho desequilibrio suponga un perjuicio para el consumidor, es decir, que la situación de inferioridad a la que hemos hecho mención anteriormente suponga una situación desfavorable al consumidor –ya que no necesariamente, aunque en la realidad es inexistente, la falta de negociación individual y la contrariedad a la buena fe objetiva puede suponer un beneficio para el consumidor-. La LGDCU establece en sus artículos 82 y ss. que se considerarán abusivas las cláusulas que – además de lo expuesto hasta ahora- “*causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

D- Efectos de las cláusulas abusivas

La declaración de abusiva a una cláusula contractual supone *de facto* su ineficacia, es decir, se tendrá por no puesta y no producirá efecto alguno, retro trayéndose los efectos al momento de su nacimiento. No obstante, el resto de cláusulas contractuales continuarán produciendo los efectos correspondientes, siempre y cuando no dependieran

de las mismas. Esta declaración le corresponde únicamente al órgano jurisdiccional competente, quien deberá valorar las circunstancias que conciernen al caso en concreto.

El artículo 83 de la LGDCU recoge la doctrina llevada a cabo por el TJUE en materia de nulidad de cláusulas abusivas como nulidad de pleno derecho, como solución a la falta de coherencia entre el Derecho procesal interno y el Derecho Comunitario. Con ello se pretende solventar los principios de equivalencia -el Derecho Comunitario debe situarse en la misma línea que el Derecho interno-, el principio de efectividad -los derechos subjetivos han de gozar de plenas garantías de efectividad-, y el principio de cooperación leal -los Estados deben cooperar para que el Derecho Comunitario sea eficaz-.¹⁰

Hay una confrontación, no obstante, de opiniones en cuanto a la discrecionalidad de los Tribunales para mantener la vigencia del resto de disposiciones contractuales con independencia de la ineficacia de aquella que es considerada como abusiva. La disparidad gira en torno a la facultad de sustitución de la cláusula abusiva por otra, a fin de mantener el contrato y con ello evitar la ineficacia completa del contrato y un posible perjuicio al consumidor.

Capítulo 2.- Cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria

A- Actuación de oficio

En un primer momento se concibió por parte del Tribunal de Justicia la posibilidad del juez nacional de comprobar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Esta posibilidad, tras el paso del tiempo y a vistas de otorgar una mayor protección al consumidor, se ha transformado en una obligación judicial, fundamentalmente a raíz de la STJUE de 14 de junio de 2012, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, asentando tres criterios -que sirve para que el legislador nacional introdujera las modificaciones que le otorgan al juez nacional el curso de actuaciones en el control de oficio de las cláusulas abusivas- :

¹⁰ Después de la transposición el artículo 83 queda redactado de la siguiente manera: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.

1. Recoge la sentencia que *“el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”* -apartado 42-;
2. *“el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”* – apartado 43-;
3. *“la normativa española, en los litigios incoados por los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores, no resulta conforme con el principio de efectividad”* – apartado 56-.

El procedimiento de control de las cláusulas abusivas comienza con el examen de oficio por parte del juez, tal y como se recoge en el artículo 552 LEC -la primera redacción de la LEC no incluía dicha posibilidad- y supone una gran revolución en cuanto al derecho procesal se refiere la facultad de que un juez se pronuncie sobre el fondo del asunto en la fase inicial¹¹. El momento procesal para que el juez conozca de la abusividad de las cláusulas debe ser -en el momento de examinar la competencia en la demanda de un proceso monitorio- con anterioridad al despacho de ejecución, si bien es cierto que actualmente se encuentra pendiente de resolución, por parte del Tribunal de justicia, una cuestión prejudicial a través de la cual se dilucida sobre el posible ulterior control al inicialmente previsto –por considerar algunos autores su asimilación al tratamiento de

¹¹ STJUE (Sala Cuarta). “Sentencia de 4 junio de 2009 caso Pannon”, apartado 45, Fallo, punto 2.” *El juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.*”

los presupuestos procesales-.¹² De esta manera se rompe con la mera formalidad externa del documento a través del cual se lleva el despacho ejecutivo para entrar a constatar si, efectivamente, el procedimiento no puede continuar por motivo de fondo – y no meramente formal-.¹³

Esta incorporación trae causa de la jurisprudencia comunitaria que, a raíz del hito que supuso el caso de Aziz –con cierto retraso ya que han sido numerosas las ocasiones en las que el TJUE se ha pronunciado al respecto-, se ha producido una fractura del formalismo y se le ha otorgado la posibilidad al juez de superar la barrera que el artículo 522 LEC le imponía al tener que comprobar únicamente la regularidad externa del documento y de los requisitos y presupuestos procesales.

Debemos prestar especial atención a la STJCE de 27 de junio de 2000, -caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores- en la que el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 26, que *“el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”* y continúa con que *“el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”*.¹⁴

El artículo 6 de la Directiva –reiteradamente invocado por numerosas sentencias del TJUE- establece que las "cláusulas abusivas no vincularán al consumidor". De esta manera se incluye en la relación a un tercero –el juez- que es quien va a intervenir para

¹² SENÉS MOTILLA, Carmen, *“Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria”* Práctica de Tribunales, N° 120, Editorial LA LEY, pág. 13

¹³ A fin de apreciar si, efectivamente nos encontramos ante una eventual cláusula abusiva, el juez podrá practicar prueba de oficio.

¹⁴ En la misma línea sentencias como la del 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza), del 1 de abril de 2004 (caso Freiburger Kommunalbauten), del 21 de noviembre de 2002 (caso Cofidis), del 4 de junio de 2009 (caso Pannon), del 6 de octubre de 2009 (caso Asturcom), del 9 de noviembre de 2010 (Caso VB Pénzügyi lízing) y del 14 de junio de 2012 (caso Banesto).

restablecer una situación considerada como injusta por el ordenamiento jurídico, declarando nulas aquellas cláusulas abusivas, pese a que el consumidor no lo solicite – recordemos que la declaración de abusividad es una obligación del juez y no un derecho-. Tanto de la Directiva 93/13 como de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el juez deberá llevar a cabo todos los actos necesarios para garantizar los derechos del consumidor.

No obstante, el juez a la hora de aplicar este artículo, podría encontrarse con una serie de conflictos.

En primer lugar, podría haber un conflicto con la protección del derecho de la tutela judicial efectiva y del principio de contradicción. La respuesta a este problema la encontramos en el artículo 552 de la LEC -donde se establece que *“cuando apreciarse que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles”*- de manera que el juez no puede apreciar la abusividad de forma directa, sino que debe someter la cuestión previamente a las partes y darles audiencia por plazo de quince días para que se pronuncien al respecto. A pesar de ello es cuestionable si la falta de audiencia por parte del juez a las partes supondría una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva o del principio de contradicción ya que tanto el ejecutado –quien consigue un beneficio en la declaración de esa cláusula como abusiva- como el ejecutante –quien sigue disponiendo de vías para hacer valer su derecho como pueden ser los recursos- están viendo su derecho salvaguardado a través de los mecanismos jurídicos correspondientes. Podría entenderse respetado el principio con un trámite de audiencia diferida, pero si así se hiciera, en poco se beneficiaría el curso de las actuaciones.

En segundo lugar puede ocurrir que el consumidor no considere una cláusula como abusiva habiendo sido declarada así por el juez –situación poco realista teniendo en cuenta que se encuentra inmerso en un procedimiento judicial en donde se pretende lograr una situación lo más favorable posible- por lo que el juez debería abstenerse de declararla como tal –siempre y cuando el consumidor se oponga a dicha abstención, otorgando así un consentimiento libre e informado a la inclusión de dicha cláusula-. Se

plantea aquí además el problema de hasta qué punto el juez debe suplir la pasividad del consumidor.

Una vez presentadas las alegaciones de ejecutante y ejecutado o expirado el plazo legal sin que las hayan presentado, el juez acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles. El juez deberá, o despachar ejecución en los mismos términos que el ejecutante solicitó –si después del control de abusividad no la considera como tal- o prescindiendo de ese apartado -siempre y cuando el juez considere que esa cláusula es efectivamente abusiva-, o bien denegar el despacho de ejecución –si el elemento que el juez ha declarado como abusivo supone una parte fundamental del contrato y este no puede subsistir sin el mismo-, tal y como recoge el artículo 552.1.II. LEC. Es la propia Directiva la que, en sus artículos 3.1 y 5, establece los parámetros para concluir la abusividad –o no- de una cláusula contractual; la buena fe contractual, el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

B- Procedimiento contradictorio: cauce y causas de oposición

Hemos observado cómo el procedimiento de ejecución puede interrumpirse por el análisis por parte del juez el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y como este suceso supone una innovación en cuanto al conocimiento por parte del juez de una cuestión que atañe al fondo del asunto. El juez deberá dar audiencia a las partes para que en un plazo de quince días aleguen lo que estimen oportuno y, a raíz de su comparecencia, tomar una decisión.

Si el juez no declara finalmente –u obvia- la cláusula como abusiva, el ejecutado podrá denunciar su existencia a través del incidente de oposición siempre y cuando funde su oposición en los supuestos recogidos en el artículo 557.1.7º LEC –para la ejecución ordinaria- y 695.1.4º –para la ejecución hipotecaria-. A tal efecto –a raíz de la sentencia del 14 de marzo de 2013, caso Aziz- se ha producido una incorporación al derecho interno de una causa de oposición que viene a ampliar el *numerus clausus* de los motivos de oposición en este tipo de procedimientos. Esta sentencia declaró que la ley española se oponía a la Directiva 93/13 al no permitir formular en el procedimiento de ejecución hipotecaria un motivo de oposición que se basase en el carácter abusivo de la cláusula objeto de la ejecución y por remitir a un posterior proceso declarativo dicha

pretensión. Todo ello en contraposición a la oposición por motivos de fondo que no contiene un *numerus clausus*, tanto por la literalidad del precepto como por la incoherencia de no poder alegar una situación jurídica por no haber un cauce específico para ello –incluso aunque esté viciado de nulidad- con el correspondiente perjuicio económico y de justicia al tener que llevar a cabo un proceso posterior declarativo a fin de poder ver salvaguardadas sus pretensiones¹⁵.

En cuanto a la redacción del artículo 695.1.4º parece ser que en principio solo podrán oponerse aquellas cláusulas que, con carácter abusivo, tengan alguna relevancia en el normal desarrollo del procedimiento de ejecución¹⁶, tal y como se desprende del propio artículo, en tanto en cuanto, se podrá fundar la oposición en el “*carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*.”. En otro orden de cosas, el legislador parece haber olvidado –u omitido- que en caso de que el juez considere como abusiva la cláusula en el control de oficio, pero no la excluya del contrato –sino que únicamente modifique su contenido para que supere los límites legales y poder mantenerla en el contrato-, no se permite por parte del artículo 695.1.4º que el ejecutado formule oposición.¹⁷ Este problema, no obstante, debe solventarse aplicando de forma extensa el tenor literal de dicho artículo ya que, de no poder formular oposición, el ejecutado no cuenta con posibilidad alguna de manifestar su disconformidad dentro del mismo proceso –sí en un proceso declarativo diferente, situación que es perjudicial tanto para la economía procesal como para la posible disconformidad entre sentencias-.

Para el estudio del procedimiento de oposición debemos tener en cuenta una serie de condiciones. Así, la oposición a la ejecución deberá llevarse a cabo a través de un escrito –que deberá contener los requisitos propios del artículo 399 LEC- y en el plazo de diez días hábiles a contar a partir del día siguiente a la notificación de la demanda y del despacho de ejecución por el juez –tal y como se recoge en el artículo 556 LEC-, que podrá suspenderse en tanto se tramita la solicitud del beneficio de justicia jurídica

¹⁵ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “*Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor*” Vivienda, préstamo y ejecución, Director: ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, pág. 318

¹⁶ Es decir, aquellas cláusulas que, pese a ser abusivas no tengan relación alguna con el procedimiento que se está llevando a cabo, deberán ser resueltas por el procedimiento declarativo correspondiente y no dilucidarse en un proceso ejecutivo, donde el único motivo que subyace es la aplicación fáctica de una realidad jurídica.

¹⁷ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “*Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor*” cit. Pág. 325

gratuita o se procede a la designación de abogado y procurador. Debemos hacer hincapié en el plazo que se le otorga al ejecutado para formular oposición –únicamente de diez días- y que, en mi opinión, no corresponde ni con el Derecho comunitario¹⁸, ni con el carácter finalista de dicho artículo¹⁹.

C- Suspensión

Formulada la oposición –aunque también mediante el incidente por parte del juez-, el letrado de la Administración de Justicia –tal y como recoge el artículo 695.2 LEC- suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

Del artículo se deduce que desde el momento en el que admita a trámite la oposición se producirá la suspensión –tanto si la cláusula abusiva constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria como si afecta únicamente a la cantidad-. En mi opinión pese a que el artículo no haga mención alguna a los requisitos o mínimos que debe cumplir la cláusula –sea por omisión o por voluntad- el resultado es una especial protección que, a mi modo de verlo, es acertada, en tanto se está produciendo una situación desfavorable para el consumidor –que el juez ha admitido a trámite, por lo que deberá tener cierta entidad- que es la parte débil del contrato y que es quien se está viendo perjudicada –supuestamente- por el proceder del ejecutante²⁰, al amparo de una cláusula que es cuestionada.

¹⁸ De manera que el órgano judicial nacional debe aplicar la legislación interna “*a la luz del tenor literal y de la finalidad de aquélla, para alcanzar el resultado a que se refiere la misma*” -STJUE de 27 de junio de 2000, caso Océano, con cita de otras muchas-.

¹⁹ Si el legislador pretende salvaguardar la situación desfavorable del consumidor, no se comprende cómo se otorga una posibilidad de defensa con un plazo tan breve para ejercerla ya que, si bien es cierto que sigue ostentando la acción contra el ejecutante, esta deberá solventarse en un procedimiento posterior con su correspondiente cuantía –que puede en ocasiones disuadir al consumidor- y dilación procesal para que sus pretensiones se vean satisfechas.

²⁰ Posteriormente se llevará a cabo el estudio de si, efectivamente, se debe abonar o no la cuantía. Si bien es cierto que se lleva a cabo en numerosas ocasiones una dilación del procedimiento, ésta se justifica si ha mediado un aprovechamiento, por mínimo que sea, hacia el consumidor.

Acto seguido, se produce la comparecencia de las partes. En el procedimiento de ejecución hipotecaria no existe, a diferencia de lo que ocurre con el genérico del artículo 560 y ss. LEC, un cauce de contestación a la oposición por parte del ejecutante, de tal manera que si quiere plantear su disconformidad deberá conformarse con la oposición oral en dicha comparecencia, donde podrán aportar los documentos que consideren necesarios para defender sus pretensiones frente a la oposición de la ejecución. No obstante, es el artículo 561 LEC el que lleva a cabo una situación contraria de la que hemos visto hasta el momento, de manera que si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición, el recurso de apelación no suspenderá la ejecución – salvo que se acredite la existencia de un posible perjuicio de difícil reparación, vid art. 567-.

Fuera de estos supuestos las partes pueden acordar, vía art. 565, la suspensión del procedimiento de ejecución, que deberá ser acordada por el letrado de la Administración de Justicia –art. 19.4 LEC- y además, encontramos otras causas de suspensión, ya sean generales o particulares. Dentro de las causas generales encontramos la sucesión procesal, la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y el cese del procurador en su representación, y, dentro de las causas particulares encontramos la declaración del concurso del ejecutado –arts. 56 y 57 LCon-, la tercería de dominio –art. 696 LEC- y la prejudicialidad penal –art. 697 LEC-²¹.

Debemos plantearnos hasta qué punto el juez debe solventar la posible incomparecencia del ejecutado y, en mi opinión,²² el único perjuicio que puede surgir es la imposibilidad de alegar y de presentar los documentos que estime oportuno. Pero no podemos entender que la falta de comparecencia invalida la causa de oposición y que, por ende, debe continuarse con la misma en los mismos términos ya que, recordemos, el juez tiene la obligación de considerar las cláusulas como abusivas y con ello modificar o paralizar la ejecución. El juez no adopta la postura de defensa del ejecutado, sino de la legalidad, y si de oficio no lleva a cabo la consideración de las cláusulas como abusivas –bien por omisión o de manera voluntaria- en el momento en el que se plantea a instancia de parte, el juez debe llevar a cabo un estudio de las mismas para declararlas,

²¹ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, “Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor” cit. pág. 340-341

²² LAFUENTE TORRALBA, Alberto José, “Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica” Directora; ALONSO PEREZ, María Teresa – Dir. 2014, págs. 219-255

si así lo considera, como abusivas –si bien es cierto que si en un primer momento el juez, con la obligación que la ley le impone de examinar el contenido de las cláusulas, no ha tenido por bien considerarlas como abusivas, sin las alegaciones o los documentos planteados por el ejecutado, es poco probable que finalmente las declare como tal-.

Por ende, aplicar el artículo 560.4 LEC de forma subsidiaria, en mi opinión, no es una opción adecuada –el desistimiento tácito por incomparecencia del ejecutado- ya que si bien es cierto que tampoco se puede llevar a cabo una protección del consumidor contra su voluntad –pudiendo mantener en el contrato aquellas cláusulas que, pese a ser entendidas como abusivas por el juez- no puede traducirse esto en un supuesto desistimiento tácito.

El juez, frente a la oposición formulada por parte del ejecutado, puede adoptar tres posibles pronunciamientos.

En primer lugar puede desestimar la pretensión, por lo que ordenará el alzamiento de la suspensión de la ejecución, condenando al pago de las costas de la oposición al ejecutado –vid art. 561.1.1º en relación al art. 394 LEC-.

En segundo lugar puede estimar el juez la oposición a la ejecución, declarando como abusiva la cláusula y que esta constituya el fundamento de la misma. Si esto sucede, el juez deberá declarar el sobreseimiento del proceso, condenando –vía artículo 561.2 LEC- al ejecutante al pago de las costas procesales y reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución²³.

Por último puede ocurrir que el juez estime la oposición a la ejecución pero que, el motivo que ha causado la oposición afecte únicamente a la cuantía y no al fundamento de la ejecución, por lo que se continuará con la ejecución en distintos términos –excluyendo la cláusula considerada como abusiva- con la correspondiente minoración cuantitativa –tal y como recoge el artículo 695.3.II LEC-. De tal manera que el juez –al igual que en el segundo supuesto- deberá condenar al ejecutante al pago de las costas que la oposición haya generado. El procedimiento deberá continuar con la exclusión

²³ En este sentido, LAFUENTE TORRALBA, Alberto José: *“en lo que respecta a las costas de la oposición, y ante la falta de previsión específica en sede de ejecución hipotecaria, habrá que acudir al artículo 561.2 in fine de la LECiv, que ordena su imposición al ejecutante. Dada la redacción categórica del precepto, parece que no se deja ningún requicio para eximir al ejecutante de la condena de costas en atención a la existencia de dudas de hecho o de derecho, si bien algunas Audiencias se muestran flexibles en este punto”*.

completa de dicha cláusula, no pudiendo el juez –tal y como reiterada jurisprudencia comunitaria ha llevado a cabo- modificarla para que persista.

D- Recursos

En cuanto al régimen de recursos contra el auto que resuelve la oposición debemos hacer una primera diferenciación. Así, contra el auto que deniegue el despacho de ejecución –por ser la cláusula abusiva y constituir el fundamento del título ejecutivo- o que lo limite –por estimar la oposición y que ésta constituya una disminución de la cuantía-, el ejecutante podrá interponer recurso de apelación –regulado en los artículos 455 a 465 de la LEC- contra el auto que declara la cláusula abusiva. El ejecutado no tenía –ya que esto ha sido modificado- por el contrario, posibilidad alguna de reclamar sus pretensiones frente al auto que declare conforme a derecho la –o las- cláusulas y que desestime la oposición formulada por el mismo.

Esta desigualdad de medios ha supuesto que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad²⁴ por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés mediante auto de 14 de noviembre de 2013. El motivo fundamental es *“que puede vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de partes, al existir discriminación en cuanto a las posibilidades de recurso para las partes, lo que conllevará unas consecuencias que afectan evidentemente al fallo dependiendo del contenido del mismo, por lo que aunque no sea una norma que a priori afecta a la validez del fallo, sí incide a posteriori en la validez del fallo en cuanto repercute en su contenido y en sus consecuencias”*, consideración que comparto en su totalidad.

No se entiende –una vez más a mi parecer- como se está situando desde el derecho positivo una situación tan desfavorable para el consumidor cuando, supuestamente, se trata de abogar por una especial protección a la parte débil del contrato. Para solventar la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor, se pretende aplicar de manera subsidiaria el artículo 561.3 LECiv –previsto para la ejecución ordinaria- que permite a ambas partes recurrir el auto que resuelve la oposición basada en motivos de

²⁴ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de septiembre actual, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4985-2013, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, contra Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 2013).”

fondo, sin establecer ninguna diferencia en trato en función de cuál sea el sentido del fallo.

Efectivamente el sistema de recursos es una competencia legislativa que, en este caso de ningún modo tiene que ver con la Constitución. Es decir, la inclusión, o no, de los recursos como tal es algo que en principio queda fuera del ámbito de la norma suprema del ordenamiento.²⁵ Es más, el TC ha llevado a cabo sucesivos pronunciamientos en los que se declara que el sistema de recursos es de configuración legal, “*correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso*”²⁶. Si bien es cierto este pronunciamiento es correcto, se encuentra con una limitación en el momento en el que su aplicación supone una desigualdad de armas para las partes. De esta forma se produce una conexión automática con la Constitución por lo que, en este caso, sí que debería entenderse –a mi parecer- la norma como inconstitucional, en cuanto supone que una de las dos partes que, irónicamente es la parte débil –ya que cuenta con menos recursos económicos y de asesoramiento jurídico- no tiene la misma posibilidad de defender sus pretensiones dentro del mismo procedimiento, siendo que el hecho causante es el mismo para ambas partes. El trato desigual –a mi juicio- es palmario, por lo que, la cuestión debe ser si es justificado o no, si es conforme a la Constitución, o no y, la respuesta a tal efecto debe ser negativa.

Algunos autores han pretendido salvaguardar la falta de previsión de dicha posibilidad acudiendo a otras previsiones del ordenamiento jurídico, como el auto que despacha o deniega la ejecución, previo el incidente contradictorio sobre esta misma causa, que sí tiene un fundamento razonable por quedar abierta al ejecutado la posibilidad de oponerse posteriormente, lo cual no ocurre en el caso que ahora nos ocupa –v. art. 551.4 552.2- pues no puede oponerse el ejecutado –a diferencia del auto, que si puede ser opuesto-.

Tampoco puede fundarse en la eficacia del *incidenter tantum* de la resolución -v. art. 695.4, II- ya que, pese a que en un principio pueda pensarse que esto puede solventarse con un posible proceso plenario posterior, la misma situación se produce para el auto

²⁵ En la misma línea LAFUENTE TORRALBA, A. “*Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*” cit. pág. 241 - 242

²⁶ Tal y como se relata en sentencias como la de STC 128/1998, de 16 de junio.

que estima la oposición por entender su carácter como abusivo. Dicho auto también tiene una eficacia meramente intraprocesal y deja libre para el ejecutante el cauce del declarativo posterior. Posibilidad que se suma –y que no se contempla para el ejecutado- al recurso de apelación, por lo que, una vez más, nos encontramos ante una desigualdad de medios de defensa entre ejecutante y ejecutado.

Como último argumento aducido por algunos autores encontramos la fuerza ejecutiva del título, en concreto en el proceso de ejecución hipotecaria, para negar la oposición al ejecutado. No obstante, la inclusión de la cláusula abusiva como causa de oposición a la ejecución y el incidente contradictorio para discutirla –vid. Art. 695.2 LEC-, ha alterado sustancialmente el procedimiento, incluyendo determinadas exigencias que deben ser tenidas en cuenta²⁷. De todo ello –en mi opinión- parece derivarse que el precepto si se encuentra contrario a la Constitución.

E- Cosa juzgada

Uno de los motivos que se han alegado por algunos autores para –en la misma línea que los dos anteriores- justificar la imposibilidad de recurrir por parte del ejecutado es la existencia, o no, de cosa juzgada en el auto resolutorio de la oposición. De manera que si el auto es estimatorio de la oposición, la resolución tendrá carácter de cosa juzgada y, por tanto, no se podrá iniciar un posterior proceso declarativo y, por el contrario, si el auto es desestimatorio, no produce efecto de cosa juzgada y –pese a que el ejecutado no tiene derecho de recurrir- podrá iniciar un posterior proceso declarativo a fin de poder defender sus pretensiones. A mi juicio es cuestionable que el efecto de cosa juzgada dependa del sentido del fallo y no del conocimiento del juez sobre el objeto del proceso.

Para resolver esta duda debemos entrar a valorar los efectos que produce el ejercicio de dicha acción a efecto de cosa juzgada. De especial interés es la STS de 15 de diciembre de 2014 –que revoca parcialmente la previa Sentencia dictada por un Juzgado Mercantil de Barcelona- donde viene a reinterpretar el art. 564 LEC y declara que las cláusulas abusivas son oponibles en el proceso de ejecución por lo que si el ejecutado, pudiendo hacerlo no la hubiera alegado, no puede promover un juicio declarativo posterior y, si lo hiciera, debería aplicarse la excepción procesal de la cosa juzgada. Por el contrario, si las alegó pero le fueron rechazadas judicialmente –por entender el juzgador que las

²⁷ Entre ellas la de otorgar una igualdad de medios de defensa para ambas partes.

circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución- sí podrá promover un juicio declarativo posterior.

No obstante debemos plantearnos hasta qué punto se puede negar un posterior procedimiento para el ejecutado a fin de poder defender sus pretensiones y, con mayor motivo, si se le está cerrando la puerta del recurso.

En primer lugar,²⁸ el Juzgado de Primera Instancia se está pronunciando de un tema de carácter mercantil como son las cláusulas abusivas. Está conociendo de algo para lo que no tiene competencia objetiva y, negar un proceso posterior al ejecutado con la base en el examen *incidenter tantum* de las mismas es cuestionable. Todo ello sumado a que el juez no puede declarar la nulidad de las cláusulas si no, únicamente, inadmitirlas momentáneamente en procedimiento ejecutivo del que está conociendo. Todo ello, sin entrar a valorar si esta calificación es, o no, lo más adecuado.

En segundo lugar, tanto el proceso como los medios de defensa de los que dispone el ejecutado para oponerse a la ejecución hipotecaria, son muy reducidos, ya que si bien es cierto que el actual proceso ejecutivo permite que el ejecutado alegue lo que estime oportuno, puede suceder que el ejecutado quiera utilizar medios de prueba –como pueda ser la declaración de testigos- que no se permiten en el actual proceso. Por ello, a mi parecer, eliminar un proceso posterior que permita entrar a valorar el fondo con un estudio más profundo –con sus correspondientes plazos procesales y medios de defensa- es problemático. Parte de la doctrina no se encuentra conforme con esta línea argumentativa y para ello hace dos apreciaciones: la primera, la experiencia de la práctica judicial señala que el único medio de prueba es el propio título ejecutivo, es decir, los posibles medios de prueba que en teoría se verían menoscabados al cerrar las puertas a un ulterior procedimiento, no son tales ya que el único medio de prueba alegado ya se examina por el juez –en tanto lleva a cabo un control de las cláusulas genéricas del contrato-. La segunda apreciación viene a reforzar el anterior y es que, tal y como hemos señalado anteriormente, el juez puede llevar a cabo de oficio todas

²⁸ Así, señala LAFUENTE TORRALBA, A. “a) El órgano ejecutor –Juzgado de Primera Instancia– sólo conoce de la abusividad *incidenter tantum*, pues se está pronunciando sobre una materia reservada a los Juzgados de lo Mercantil, por lo cual, careciendo en puridad de competencia objetiva, su pronunciamiento difícilmente podrá rebasar los límites del proceso en que se ha dictado”, en: “Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica” ALONSO PEREZ, María Teresa – Dir. 2014, pág. 245.

aquellas pruebas que estime pertinentes a fin de determinar la abusividad –o no- de las cláusulas contractuales²⁹.

Por último, en los preceptos recogidos en la LEC para la ejecución ordinaria, se alude a los motivos de fondo solo a “efectos de la ejecución” –art. 681.1 en remisión al art. 561.1 LEC-, es decir, se podrán hacer valer en un declarativo ulterior tanto las causas alegadas en el incidente de oposición como las que no. En cambio, si atendemos al tenor literal del artículo 564 –que regula como se ha de proceder para defender las pretensiones en un proceso declarativo posterior-, podemos observar que únicamente podrán alegarse aquellos hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes. Es decir, que no podrán alegarse en un proceso declarativo posterior, ni las causas que lo fueron –por ser cosa juzgada-, ni las que lo pudieron ser –por haber precluído-³⁰.

La respuesta a tal controversia es polémica y, a mi parecer, ambas posiciones doctrinales cuentan con argumentos de peso que las avalan. Así pues, debemos atender a la jurisprudencia a fin de encontrar –sin perjuicio de que se esté de acuerdo o no- una respuesta de cara a su aplicación y, para ello, debemos mencionar la STS de 24 de noviembre de 2014, que viene a poner fin a la discusión alegando que *“la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión.”*

²⁹ En esta línea autores como: HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, *“Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor”* cit. pág. 334-340, o SENÉS MOTILLA, Carmen, *“Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria”* Práctica de Tribunales, N° 120, Editorial LA LEY, pág. 14.

³⁰ HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco, *“Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor”* cit. pág. 335

Capítulo 3.- Cláusulas abusivas en el proceso monitorio

A- Actuación de oficio

El proceso monitorio es un procedimiento especial destinado a obtener la rápida resolución de litigios en los que se reclama el pago de una deuda y donde el demandado no se opone formalmente a la demanda. Se encuentra regulado en los artículos 812 y ss. LEC y, para su aplicación, se requiere que la deuda sea dineraria –expresada en moneda de curso legal-, vencida –el plazo para pago ya ha transcurrido-, exigible -cuyo cumplimiento puede ser reclamado actualmente por el acreedor-, y determinada –vid. art. 572 LEC “*aquella cantidad de dinero que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles*”-.

Este tipo de procedimientos representan –según el CGPJ- un 40’6% de la litigiosidad actual y se ha producido un considerable crecimiento debido a que, en la primera redacción de la LEC, el proceso monitorio se previó para reclamaciones dinerarias de cuantía inferior a 30.000 euros, pero la Ley 13/2009, de 3 de noviembre incrementó la cifra a 250.000 euros, por lo que la mayoría de los casos se suscitaban por dicho procedimiento y, con mayor razón hoy en día ya que, desde el año 2011 -tal y como se recoge en el artículo 812 LEC- el límite ha desaparecido por completo.

La regulación de este procedimiento ha sufrido una transformación a la luz de la normativa comunitaria que, en su origen, la contradecía. De esta manera, el legislador nacional trata de dar respuesta a la interpretación que el TJUE hace de la adecuación en cuanto al control de oficio, por parte del juez, de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012.

El caso se refiere al de un consumidor que suscribió una póliza de préstamo por importe de 30.000 euros con Banesto, a fin de comprar un vehículo, que dejó de abonar –un total de siete cuotas de amortización mensuales- desde 2011, por lo que la entidad crediticia decidió declarar el vencimiento anticipado de la deuda. La entidad crediticia declaró el vencimiento anticipado de la deuda y presentó una petición inicial de proceso de monitorio y reclamó 13.447,01 euros al consumidor y los tres fiadores solidarios que figuraban también en el contrato. El secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia

nº 5 de Cartagena admitió a trámite la petición sin ponerlo en conocimiento del juez y se requirió el pago de la deuda a los consumidores, que lo rechazaron.

De esta manera, el juez procedió a examinar de oficio y *“declaró de oficio nula de pleno derecho la cláusula de intereses moratorios controvertida, por estimarla abusiva y (...) basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, y requirió a Banesto para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses para el período que se discutía en el litigio del que estaba conociendo.”*³¹

Banesto decide recurrir ante la AP de Barcelona, que señala que *“la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e in limine litis, la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas ha de ventilarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor”*, y vistas las dudas que tiene sobre la aplicación del derecho comunitario –sobre la Directiva 93/13, decide plantear una cuestión de prejudicial que se basa en seis aspectos.

No obstante lo que aquí nos ocupa es la primera, esto es, sobre si *“la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio—in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”*

La normativa española –señala el TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2012- no es conforme a la Directiva 93/13, en tanto en cuanto *“no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio—in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”*. Es decir, que si se opone la normativa nacional

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012; *Litigio principal y cuestiones prejudiciales*, apartado nº 30.

española a la normativa comunitaria y, como solución a este problema, se ha procedido a incluir el apartado 4 en el artículo 815 LEC, de manera que se permite al juez *“controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios.”*

Por todo ello, el Juez –con base en el art. 815.4 LEC- examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Examinadas las cláusulas por el juez, si estimare que hay cláusulas abusivas, dará audiencia a las partes –no siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador- para que en cinco días, aleguen lo que estimen conveniente. Una vez más –en la misma línea que en el procedimiento ejecutivo hipotecario- se está otorgando un plazo –a mi juicio- que habría que considerar si es suficiente, ya que, si bien es cierto que el proceso monitorio se caracteriza por su celeridad, ello no puede suponer un perjuicio para la defensa de los derechos en el mismo. Oídas las partes, en el plazo de cinco días, resolverá mediante auto sobre la existencia, o no, de abusividad en dichas cláusulas.

La respuesta del juez sobre la abusividad de las cláusulas puede contener tres posibles pronunciamientos. Podrá estimar que, efectivamente, hay alguna cláusula abusiva en el contrato y, por ende, acordar la improcedencia de la reclamación. Si por el contrario entiende que hay una cláusula abusiva pero que esta no afecta sustancialmente al proceso, podrá dejar sin aplicación esa cláusula abusiva y continuar el juicio monitorio. Y, por último, podrá desestimar la existencia de cláusulas abusivas y mandar continuar el proceso.

B- Procedimiento contradictorio: cauce y causas de oposición

Si el juez no declara finalmente –u obvia- la cláusula como abusiva, el ejecutado podrá, en el plazo de veinte días –y, en aquellos casos que resulte preceptivo, acompañado de abogado y procurador; art. 22 y 23 LEC- denunciar su existencia a través de la oposición conforme al art. 815.1 LEC.³²

³² Es interesante llevar a cabo una diferenciación entre la antigua redacción y la que se produce con posterioridad al 7 de octubre de 2015. La anterior redacción del artículo únicamente permitía que se fundara la oposición de manera “sucinta” y, tal y como señaló la SAP de Valencia Sección 8ª de 28 de octubre de 2013, *“el artículo 815.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la oposición en el juicio monitorio no admite que se lleve a cabo de un modo indeterminado y genérico, sino que exige que el*

Una vez formulada la oposición por parte del demandado, explicando las razones de forma fundada y razonada –y firmada por abogado y procurador-, el procedimiento debe seguir los trámites del juicio verbal siempre y cuando la cuantía no supere los 6.000 euros. El Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el proceso, dará traslado de la oposición al acreedor, que podrá impugnarla y, en su caso, citará a las partes ante el Tribunal para la vista –art. 818.2 en relación con el artículo 440.1 LEC-. Si por el contrario, procediera un juicio ordinario, una vez formulada la oposición deberá el peticionario interponer la demanda correspondiente –redactada conforme a lo dispuesto en el art. 399 LEC- dentro del plazo de un mes a contar desde el traslado del escrito de oposición y, de no hacerlo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor.

Es discutido por la doctrina y la jurisprudencia el alcance de este precepto, y es que debemos plantearnos si la acción ha decaído y, de llevarse a cabo una posterior presentación de la demanda, ésta debiera inadmitirse.

De un lado encontramos jurisprudencia que entiende que, efectivamente, se ha producido una renuncia a la acción y como consecuencia se deberá inadmitir la demanda. Debemos nombrar la sentencia de la AAP Valencia, sec. 11ª, núm. 97/2003, de 7 mayo y entiende que *“la parte actora-apelante entiende que, en caso de mantenerse el sobreseimiento, tendría que entenderse sobreseído el juicio monitorio previo, pero no el juicio ordinario, ya que éste es independiente de aquél; pero las sugestivas razones dadas al efecto no pueden compartirse, ya que esta Sala tiene declarado que, refiriéndose tanto el juicio monitorio como el posterior juicio ordinario al mismo escrito, desde el momento que este segundo procedimiento es mera reconversión procesal del previo juicio monitorio sobre la misma relación jurídico material no puede hablarse de que se trate de procesos independientes. Y no se opone a ello, ni implica que se trate de procesos diferentes, el hecho de que estadísticamente uno y otro procedimiento consten registrados con número diferente, ni que uno y otro procedimiento se hayan tramitado, a entender de la Sala, incorrectamente en piezas separadas, pues teniendo el posterior juicio declarativo su origen en el previo juicio*

deudor alegue en su escrito, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada y esa resistencia es justamente la que motiva la transformación del procedimiento.”. Después de la reforma, la forma de alegar pasa a ser *“fundada y motivada”*.

monitorio, siendo, en definitiva, reconversión de éste, el monitorio debía figurar como encabezamiento de aquél, máxime cuando la documentación original y fundamental que sirve de sustento al procedimiento monitorio ha de ser a la sazón lo que dé fundamento al posterior declarativo. Ha sido, seguramente la incorrecta práctica de tramitar separadamente ambos procedimientos, la que ha llevado al error de admitir a trámite la demanda de juicio ordinario cuando ésta se había presentado fuera del emplazamiento realizado al efecto, lo cual posiblemente se habría advertido de haberse tramitado seguidamente en un mismo legajo ambos procedimientos".

De otro lado nos encontramos con la idea de que se produce una situación perjudicial al acreedor que ha acudido al proceso monitorio y no se produce tal desventaja al que ha acudido directamente al declarativo. Si entendemos como correcta esta postura no habría por tanto una renuncia tácita a la acción y el acreedor podría volver a interponer una nueva demanda de juicio ordinario. En este sentido se pronuncian sentencias entre la que queremos destacar la AAP Valencia, sec. 9ª, núm. 432/2005, de 14 octubre, de manera que: *"la única consecuencia que deriva del incumplimiento del plazo de un mes regulado en dicho precepto es, además del archivo de las actuaciones, la condena en costas para el demandante del proceso monitorio, pero en modo alguno ello le impedirá presentar su demanda posteriormente, por lo que no es posible estimar la alegada excepción de caducidad".*

En cuanto a si, en el juicio monitorio cabe -formulada oposición-, alegar posteriormente -en el juicio verbal o en el juicio ordinario- razones o motivos distintos de los que en aquella se adujeron, encontramos tres líneas argumentativas diferenciadas.

En primer lugar sectores que admiten nuevas alegaciones en un posterior proceso declarativo. Esta tesis descansa en la idea que hemos expuesto anteriormente y que defiende que el juicio declarativo posterior es un nuevo proceso independiente y que, por tanto, lo alegado en el mismo se ve limitado a ese proceso en concreto, se pone fin al proceso monitorio y comienza uno posterior. En esta línea debemos nombrar las sentencias SAP Málaga, sec. 5ª, de 25 septiembre 2006, o SAP Las Palmas, sec. 5ª, nº 495/2006, de 29 noviembre. Ésta última viene a declarar que *"los motivos de oposición, en principio esgrimidos para frustrar sin más el despacho directo de ejecución, no tienen por qué actuar como límite del debate contradictorio que en virtud de tal actuación queda desplazado al juicio declarativo correspondiente y donde el que*

aparece señalado como deudor tendrá plena autonomía, tanto para insistir y desarrollar el contenido de su oposición primitiva como para plantear cuestiones nuevas, eso sí, con el sometimiento a la normativa procesal que ha de regir el juicio de que se trate (...) y centrando la cuestión en el juicio declarativo verbal resulta de aplicación, en toda su plenitud, lo dispuesto en el art. 443 de la LEC para el desarrollo de la vista”.

En segundo lugar hay parte de la doctrina que entiende que es factible la alegación de nuevos motivos pero únicamente en el proceso ordinario. De esta manera entiende la SAP Valencia, sec. 7ª, de 28 diciembre 2006 que *“formulada oposición, la Ley remite, sin cortapisas ni limitaciones, a las partes al juicio declarativo que corresponda y se han de aplicar, en lo que nos ocupa, las normas previstas para éstos, normas que, al no estar limitada su aplicación, permiten a la parte demandada formular las alegaciones y excepciones que tenga por conveniente frente a los argumentos que se esgriman en la demanda que ahora se formule, y en función de ello las partes acudir a la Audiencia Previa y proponer la prueba que estimen conveniente”*. Pero las audiencias provinciales parecen reticentes a aceptar también estos argumentos para los juicios verbales, de manera que, en palabras de la AAP Asturias de 29 enero 2004: *“en la exposición de motivos de la LEC se indica que «... en cambio, si se dan razones, de decir si el deudor se opone "Su" discrepancia con el acreedor se sustanciará por los cauces procesales del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada con lo que da a entender que se está delimitando lo que constituirá el objeto del subsiguiente juicio declarativo. En este sentido, como sostiene la doctrina, la previsión normativa de oposición constituye una justa compensación procesal para el deudor no sólo por el modo en que ha sido admitida a trámite la petición monitoria sino también por los contundentes efectos de cosa juzgada que procede el auto despachando ejecución».*”

En tercer lugar encontramos la tesis que rechaza la posibilidad de manifestar nuevas razones de oposición tanto en el verbal como en el ordinario. Este sector entiende que el demandado en un procedimiento monitorio no puede alegar en el procedimiento ordinario posterior causas de oposición no invocadas en la oposición al monitorio. Para ello encontramos la AP Asturias, sec. 7ª, nº 456/2008, de 2 septiembre, que declara textualmente lo siguiente: *“ la demandada en el monitorio previo únicamente opuso que «no debe cantidad alguna a los solicitantes puesto que todo el préstamo recibido de los mismos fue devuelto de la manera prevista», y es ahora en el ordinario cuando se alega*

de forma extemporánea y contradictoria que, el dinero no lo recibió ella sino el hijo de los actores, causa de oposición que no se puede acoger, pues es criterio unánime de esta Audiencia que en caso de oposición en el procedimiento monitorio en el juicio seguido posteriormente el demandado no puede alegar cuestiones no indicadas en su escrito de oposición ".

Por último debemos hacer una mención a la teoría de los denominados “actos propios”, entendida como la imposibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad, yendo contra su propio previo comportamiento. Con base en esta teoría, no procedente la modificación -en un trámite de contestación de un proceso declarativo posterior- de aquellos motivos o razones ofrecidos inicialmente en el escrito de oposición al proceso monitorio³³.

C- Recurso

El sistema de recursos del proceso monitorio no tiene mayor complicación, pero requiere de una serie de consideraciones, que dependerán del pronunciamiento judicial.

Si el juez, mediante auto, inadmite el proceso monitorio para el caso en concreto, podrá llevarse a cabo recurso de apelación con carácter preferente, sin efectos suspensivos –vid art. 455 y 456.2 LEC-. En esta línea se han pronunciado la AP de Navarra, Sección 2ª, en Auto de fecha 21 de Mayo de 2001, entre otras.

En cuanto a la declaración -o no- de la abusividad de las cláusulas, tenemos dos posibles pronunciamientos –ya producido el estudio de dicha cláusula-. Si se declara la abusividad de las mismas y se continúa con el proceso sin su aplicación, se podrá llevar a cabo un recurso de apelación por parte del peticionario –no obstante se requerirá por una cantidad que la Audiencia puede luego elevar si deniega el carácter abusivo-. Si por lo contrario, el juzgador declara que las cláusulas no son abusivas, también podrá llevarse a cabo -mediante apelación- un recurso contra el auto por parte del demandado –vid art. 534 y ss LEC-.

³³ PEREZ UREÑA, Antonio, “Cuestiones prácticas que suscita el juicio declarativo posterior al proceso monitorio”. Edición electrónica en elderecho.com, 15 de septiembre de 2012.

D- Cosa juzgada

Para el estudio de si la resolución o el auto judicial produce, o no, efecto de cosa juzgada, debemos hacer una diferenciación.

La sentencia que se dicte, resolviendo el escrito de oposición presentado en plazo por el deudor, tendrá efecto –vid art. 818 LEC- de cosa juzgada.³⁴ Esto, en principio, no plantea duda alguna ya que se abandona la tutela judicial privilegiada que tiene el acreedor en el proceso monitorio, para ser beneficiario de dicha tutela en un proceso genérico como es el declarativo –donde deben respetarse todas las instituciones procesales ordinarias-. La duda que, a mi juicio, deberíamos plantear es si el mismo efecto de cosa juzgada debe aplicarse al decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el cual –ante la incomparecencia o falta de oposición del deudor, vid art. 816.1 LEC- se crea el título ejecutivo, produce efecto de cosa juzgada.

Para responder a esta pregunta debemos acudir al artículo 816.2 LEC, que establece que el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere.³⁵

Lo que se produce aquí es una suerte de extensión de la eficacia de cosa juzgada a una resolución que no es del juez, lo que es difícilmente conciliable con las características propias de la institución de la cosa juzgada.

Por otra parte, si el juez hubiera examinado el carácter abusivo de alguna de las cláusulas en el trámite previsto en el art. 815.4 LEC, no parece que esta cuestión pueda ser reproducida por el deudor en la oposición. El cauce que este dispone es el recurso de

³⁴ Todo ello conforme a la exposición de motivos de la LEC, en tanto en cuanto entiende que es un “proceso ordinario y plenario y encaminado a finalizar, en principio, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”.

³⁵ Es reseñable a tal efecto sentencias como la de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de octubre que señala que “la resolución despachando ejecución produce efecto de cosa juzgada que como ha sido declarado, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 14 julio de 2006 y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2006” (...) es decir, sin salirnos del propio proceso monitorio, si le alcanza igualmente la eficacia de la cosa juzgada.”

apelación frente al auto en que el juez se haya pronunciado al respecto, y a lo que allí se decida quedarán vinculadas las partes.

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado sobre las cláusulas suelo en el proceso de ejecución hipotecaria y en el monitorio, podemos extraer las siguientes conclusiones;

1.- De un tiempo a esta parte se viene exigiendo una mayor protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, en un modelo de contratación donde el consumidor no tiene posibilidad alguna de negociar las condiciones contractuales. La actual situación de crisis económica en la que se ha visto envuelta nuestro país ha acrecentado esta necesidad de protección y debe obtener una respuesta firme e inmediata por parte del Estado.

2.- Esta protección debe llevarse a cabo a través de la actuación del legislador interno, el legislador comunitario y el TJUE quienes, a través de su regulación, otorguen una certeza acerca de cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva. Si bien es cierto que se ha producido una actuación relevante por parte del legislador interno transponiendo la normativa europea, es largo el camino que queda por recorrer. La incorporación por parte del empresario de una cláusula que sea declarada como abusiva –tanto por encontrarse en la legislación como por apreciarla el juez- conlleva su nulidad, teniéndose por no puesta en el contrato y no produciendo efecto alguno.

3.- De las diversas cláusulas que pueden considerarse abusivas, no podemos decir que todas ellas sean nulas en todo caso, sino que gran parte de ellas dependen de los términos en que se expresen -cláusulas de vencimiento anticipado- o que no superen ciertos límites -cláusulas sobre intereses-. De esta manera las entidades crediticias podrán seguir utilizando estas cláusulas siempre y cuando no sobrepasen los límites exigidos para que la cláusula sea declarada como abusiva.

4.- En cuanto a las cláusulas abusivas dentro del proceso ejecutivo, en principio la legislación nacional no se correspondía con el derecho comunitario, de manera que el legislador lleva a cabo una transposición –si bien es cierto que con sus correspondientes lagunas- del mismo, a fin de poder equiparar la protección del consumidor nacional a la del comunitario. De esta manera se le otorga al juez la facultad de controlar de oficio la abusividad de las cláusulas al inicio del proceso de ejecución hipotecaria ya que, pese a que el proceso ejecutivo debe ser un proceso rápido destinado a la satisfacción del título objeto de estudio –que conlleva una limitación de las causas de oposición- debe

solventarse con un estudio riguroso de las cláusulas abusivas, a fin de poder salvaguardar la tutela judicial efectiva del ejecutado.

5.- La declaración de abusividad de una cláusula supone su nulidad. En cuanto a los efectos que produce el estudio de esa cláusula y su correspondiente trato en un posterior proceso declarativo –siempre y cuando, claro está, el juez no la considerara como tal- la situación plantea controversias, tanto en la doctrina como la jurisprudencia. Aunque sí que es cierto que de un tiempo a esta parte los tribunales están cambiando la línea de actuación entendiendo que lo que un juez ha estudiado, estudiado queda y, por ende, no puede ser objeto de un estudio posterior en un proceso declarativo y que debe ser considerada como cosa juzgada.

6.- A modo de conclusión final, considero que el camino en el examen de las cláusulas abusivas no ha llegado a su fin, ya que la mayor parte de los contratos que contienen cláusulas abusivas no son reclamados –por el costoso proceso- y, aquellos que si son reclamados deben obtener una respuesta favorable por parte del órgano juzgador, obligando –tal y como ha señalado el TS- a la devolución de las cantidades cobradas ya vencidas con base en cláusulas que eran abusivas. Debemos tener en consideración la actuación que está llevando tanto el legislador interno, como los órganos judiciales –e incluso la doctrina- tratando de crear una situación en la que la protección del consumidor y la seguridad jurídica se vean garantizadas a partes iguales. Es cierto que es un camino costoso y que aún queda mucho por recorrer, pero -a fin de proyectar algo de luz sobre la oscuridad de esta situación- también debemos mencionar la gran evolución que se ha producido en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- BANACLOCHE PALAO, Julio; “*Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada*”, en Diario La Ley, Nº 8312, de 16 de mayo de 2014.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro; “*La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea*”, LA LEY mercantil, Nº 3, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2014.
- CACHÓN CADENAS, Manuel; “*Suspensión de la actividad ejecutiva como consecuencia de la oposición del ejecutado*”, en revista Jurídica de Catalunya, 2001-4, pp. 237 a 250.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “*Derecho Procesal Civil Parte Especial*”, 8ª Edición 2016, Tirant lo Blanch 01/2016.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA; Enrique “*Revista de Jurisprudencia*”, número 1, el 1 de julio de 2015.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco; “*Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor*” Vivienda, préstamo y ejecución, Dir. LERDO DE TEJADA, Manuel, pp. 303-344.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco; “*La reforma del proceso monitorio por la Ley 13/2009*”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2010, edición digital.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto; “*Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*” Dir. Dir. ALONSO PEREZ, María Teresa, 2014.

- LAFUENTE TORRALBA, Alberto, “*Los obstáculos para el examen de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente*”, vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Ensayos, pp. 181-205.
- MARTINEZ ESCRIBANO, Celia: “*Revista de derecho bancario y bursátil*”, Año nº 33, Nº 133, 2014, págs. 295-344.
- PARDO GATO, José Ricardo; “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*”; Madrid: Difusa, 2004.
- SENÉS MOTILLA, Carmen; “Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria” *Práctica de Tribunales*, Nº 120, Editorial LA LEY, pág. 13.