

## Doctrina

---

Por Francisco Fernández Zurita, abogado experto en Derecho Civil, Bancario e Hipotecario.

### Cláusulas suelo y archivo de la ejecución hipotecaria

**E**l aumento considerable de los procedimientos de ejecución hipotecaria que, como consecuencia de la crisis económica, se han venido o vienen (según se estime que *no estamos en una época de cambios sino en un cambio de época*) produciendo. El hecho o circunstancia de que estos procedimientos estén afectando a una buena parte de la población que hasta ahora se había visto ajena a los mismos. Y, asimismo, el incesante flujo de noticias relacionadas con el rescate a la banca y la actuación de muchos de sus directivos, no solo ha dado como resultado un cambio de tendencia legislativa, protagonizado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, sino –y es aquí donde queremos centrar esta reflexión– un cambio de tendencia, un renovado examen del procedimiento de ejecución hipotecaria, distinto y distante del proceso sumario y expeditivo que conocíamos hasta ahora. Llegando, incluso, si se me permite la expresión a darle el *golpe de gracia*, con la nueva consideración por cada vez mayor número de Juzgados y Tribunales de que la declaración de abusividad de la coloquialmente denominada “cláusula suelo” –abusividad que a estas alturas ya nadie osa discutir– ha de conducir sin remisión al sobreseimiento de la ejecución despachada, al considerar que es el fundamento de la misma (ex. art. 695.3 de la LEC).

Si mala práctica es legislar *en caliente*, como se ha venido realizando en esta materia en los últimos años, peor es interpretar la Ley –obligada función de los Juzgados y Tribunales– a *golpe de riñón* (utilizando el *argot* del ciclismo), pues lo logrado ha consistido en pasar de un proceso de ejecución especial sumario, expeditivo y rápido (si se pueden emplear en la misma frase ambos términos sin perpetrar un flagrante oxímoron), sustentado en el *favor creditoris* –clave en la fase de decisión de la entidad financiera para la asunción del riesgo de la concesión del préstamo con garantía hipotecaria– a otro procedimiento bien distinto, inspirado o, mejor dicho, impregnado del *favor debitoris*. Este cambio tan significativo desembocará inexorablemente en la extinción

del proceso sumario tal y como se venía configurando, esto es, un medio privilegiado para que el acreedor hipotecario pudiera obtener la pronta satisfacción de su crédito en caso de impago del mismo, por más que la nueva Ley hipotecaria en proyecto trate de poner orden en la avalancha de resoluciones que en este sentido se han sucedido en cascada en los últimos años.

No perdamos de vista que la escritura de constitución de la garantía hipotecaria, suscrita ante fedatario público de forma voluntaria, se ha llevado siempre a cabo consciente de que la desigualdad en el trato entre el acreedor hipotecario y la entidad crediticia no debía ser interpretada como una discriminación, como ya llegó a manifestar el Tribunal Constitucional allá por el año 1991, sino que era precisamente la razón principal por la que la entidad crediticia prestaba su dinero y la única forma de conseguir la concesión del préstamo sin más garantía que el inmueble hipotecado (pues la universal del art. 1.911 CC se configuraba como meramente testimonial), que, a mayor abundamiento, ha terminado por convertirse en el único instrumento de acceso al crédito para la adquisición del bien máspreciado hoy en día de la familia media: su vivienda habitual. Parece que nunca está de más recordar que la hipoteca se define como un derecho real de garantía, por el que uno o más bienes quedan afectos al cumplimiento de una determinada obligación; es un derecho de realización de valor, que autoriza al acreedor que no ha cobrado al vencimiento del préstamo a ejecutar un procedimiento especial *ad hoc* con el que conseguir de forma sumaria vender el inmueble para pagarse su crédito con el precio obtenido.

Por tanto, en nuestra modesta y a contracorriente opinión, una cosa es evitar la existencia de cláusulas que

realmente sean abusivas en aquellos contratos suscritos en el ámbito de los consumidores y otra bien distinta hacerlo a golpe de resolución, en sede judicial, socavando los cimientos de un procedimiento que servía para acceder al crédito (al operar con eficacia sobre la garantía contraída en caso de incumplimiento del prestatario de su obligación de restituir el préstamo en los plazos de amortización pactados).

Este procedimiento, tras la bien merecida reforma introducida por la Ley 1/2013 y la doctrina del TJUE, permite que los tribunales nacionales no solo puedan, sino que estén obligados a examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el ámbito de la legislación protectora de los consumidores, a fin de protegerles de los abusos que en el ámbito contractual han venido ciertamente cometándose, en muchos casos, en su contra. Y, además, sin ni siquiera contar con la posibilidad de integrar el clausulado abusivo, lo que ha venido a conseguir el efecto disuasorio perseguido por la normativa comunitaria y aplicado por las resoluciones de nuestros Juzgados y Tribunales.

Por otra parte, el susodicho procedimiento, conforme a lo manifestado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de febrero de 2016 –que a su vez reflejaba el del Pleno de la misma Sala pronunciado en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015–, proporcionaba una serie de ventajas al deudor hipotecario que no resultarían aplicables en el juicio declarativo al que las entidades financieras se están viendo abocadas a acudir tras el sobreseimiento masivo de los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, y en el que ni siquiera está claro que la posición procesal del consumidor vaya a ser más favorable. Ventajas tales como la prevista en el artículo 579 de la LEC, en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el artículo 682-2-1ª de la LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al setenta y cinco por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

De ahí que, cuando aún se está a la espera de que se resuelva la cuestión prejudicial elevada al TJUE –por medio del Auto del alto Tribunal de fecha 8 de febrero de 2017– en relación con la cláusula del vencimiento anticipado, para conocer cómo va a afectar a la ejecución ya despachada y que, por prudencia procesal, ha traído consigo la suspensión de aquellos procedimientos en vigor, antes de proceder a su archivo, en caso de que finalmente el carácter abusivo de la misma así lo determine (ex art. 695.1.4ª de la LEC, en relación con el 695.3 de la misma ley ritual), ha causado sorpresa que numerosos Juzgados y Tribunales, entre los que se

encuentran las Audiencias Provinciales de Barcelona, Málaga y Córdoba, entre otras, hayan ido aún más lejos, ordenando además el sobreseimiento del procedimiento cuando se detecte y se declare abusiva una “cláusula suelo”.

La sorpresa radica en que, a mi entender, la declaración de abusividad de la “cláusula suelo” no puede estar comprendida dentro del mismo supuesto que el que puede presentarse si se declara la nulidad, por ejemplo, de la cláusula de vencimiento anticipado, sino que nos hallaríamos frente al otro escenario previsto por el apartado 4º del artículo 695 de la LEC, esto es, la continuación de la ejecución sin su aplicación, porque –esta es la clave– dicha cláusula de limitación de intereses no sirve de fundamento a la ejecución.

Considero mejor argumentada la conocida STS de 9/5/13 (apartado 9º del fallo), cuando estableció que la nulidad de la “cláusula suelo”, aunque afecte a un elemento esencial cual es el precio de la operación, no hace perder toda virtualidad al título. Dicho de otro modo, la “cláusula suelo” no es la que fundamenta la ejecución (inciso 1º del art. 695.1. 4ª LEC e inciso primero del párrafo 2º del apartado 3 de dicho precepto), puesto que el grueso de la suma objeto de reclamación en la demanda ejecutiva viene conformado por el capital vencido y pendiente de amortización, cuya obligación restitutoria es innegable, salvo que el Tribunal de la UE diga lo contrario en el contexto de la facultad del vencimiento anticipado. Por ello, la declaración de abusividad de la “cláusula suelo” –como limitativa del interés remuneratorio en el procedimiento de ejecución hipotecaria– no debe provocar su sobreseimiento, sino su continuación por la cantidad que resulte de su no aplicación e, incluso, de su incorporación a la liquidación, deduciendo la cantidad reclamada de las sumas cobradas indebidamente por la misma. Porque la “cláusula suelo” declarada abusiva no es fundamento de la ejecución, determinando únicamente la cantidad exigible.

De hecho, la Ley adjetiva civil permite al ejecutado oponerse al despacho de ejecución por error en la cantidad exigible –bien por exceso, bien por pluspetición (arts. 695.1. 2º y 557.1. 3º LEC)–, hasta tal punto que dicho motivo de oposición convalida la incorporación al contrato de préstamo del pacto de liquidez, por el que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación que expida unilateralmente la propia parte actora, siempre y cuando vaya acompañada de un documento fehaciente en el que conste que la misma se ha practicado en la forma pactada por las partes y que el saldo deudor coincide con el que aparece en la cuenta abierta por el deudor (la vinculada al préstamos hipotecario). Y cuya validez, pese a que pudiera también ser sospechosa de abusividad, viene reconocida por

el propio TS (Sentencia de 16 de diciembre de 2009 [ROJ: STS 8466/2009]), puesto que su existencia no obsta para que el ejecutado pueda impugnar la cantidad reclamada expresada en la certificación aportada por la actora (STS 30 de abril y 2 de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005; y en la “jurisprudencia menor” la SAP de Cádiz –Secc. 8ª– 28/7/2015 [JUR\2015\257840]; y el AAP de Madrid de 26 de marzo de 2015 [ROJ: AAP M 117/2015]), sin que ello suponga –al menos hasta ahora– ninguna vulneración de la legislación en materia de Consumidores y Usuarios. Obsérvese que, junto con la cláusula de vencimiento anticipado, la que recoge el pacto de liquidación es la única que podría afectar directamente a la procedencia de la ejecución.

Ergo, si está al alcance de los ejecutados la posibilidad de oponerse a la ejecución despachada sobre una deuda declarada unilateralmente por la parte actora, e incluso la posibilidad –si lo estiman procedente– de solicitar un examen pericial de la liquidación conforme al artículo 558.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se entiende cómo, en el caso de que la oposición sea por el carácter abusivo de la “cláusula suelo” y pese a que sea declarada como tal, no se pueda llegar a la misma solución antes señalada para el caso de exceso o pluspetición en la liquidación unilateral de la actora: continuar la ejecución por la cantidad resultante tras la liquidación proveniente de haber inaplicado la cláusula abusiva (ex art. 695.3 LEC), e incluso de haber detraído de la misma las cantidades indebidamente cobradas por ella. Pues no cabe olvidar que el montante del capital reclamado deberá seguir siendo el grueso de la suma reclamada que justifique la ejecución.

Mantener que la “cláusula suelo” declarada abusiva fundamenta per se la ejecución despachada porque su nulidad llevaría a tener que volver a determinar nuevamente el importe de la deuda, y denominarlo un “recálculo que carecería de trámite específico de oposición” que “además haría ineficaz el requerimiento de pago previo” – “lo que no se trata de una mera fórmula, sino de un requisito que brinda al deudor la posibilidad de evitar la continuación del litigio” – como manifiesta la AP de Málaga ,es, como ya se ha expresado *supra*, enjuiciar a *golpe de riñón*, posiblemente por reacción a la enmienda previa dada por el Tribunal de Justicia de la UE a los nacionales, lo que, a mi entender, ni beneficia a la seguridad jurídica ni al propio consumidor sujeto pasivo de la ejecución, quien en muchos casos incluso se mantiene al margen del procedimiento consciente de que su incumplimiento.

Sí veo meridianamente claro que la discrepancia, en esta y otras materias, deja de ser netamente jurídica (la única a la que quiero referirme en esta breve disección),

adquiriendo una dimensión social que, según certero dictamen de la profesora Senés, enturbia el enjuiciamiento jurisdiccional. Y eso es algo que la nueva reforma de la legislación hipotecaria no podrá remediar, porque no es ni mucho menos el medio más adecuado para evitar las situaciones injustas que subyacen en el fondo de este y otros problemas de la sociedad de hoy.