

LA CLÁUSULA SUELO ABUSIVA NO ES FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA*

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA de Toledo

Fecha de publicación: 6 de octubre del 2016

1. Planteamiento

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba ha vuelto a dictar un Auto (núm. 234/2016 de 24 mayo [AC\2016\1129]) en el que ordena el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria como resulta de la declaración de abusividad de una cláusula suelo que considera fundamento de la ejecución. Desde 2014 esta es la práctica habitual de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba¹. Que yo sepa, en la jurisprudencia del año corriente, también se decantan por esta postura la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona², la Sección 15ª de la Audiencia

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

¹ Autos núm. 234/2016 de 24 mayo (AC\2016\1129); núm. 188/2016 de 3 mayo (AC\2016\1110); núm. 221/2016 de 17 mayo (JUR 2016\180722); núm. 152/2016 de 11 abril (AC\2016\1097); núm. 60/2016 de 12 febrero (JUR\2016\82153); y núm. 35/2016 de 1 febrero (JUR\2016\82825), entre muchos otros.

² Autos núm.152/2016 de 20 abril (JUR\2016\131779); núm. 82/2016 de 3 marzo (JUR\2016\102233); núm. 81/2016 de 2 marzo (JUR\2016\102232); núm. 227/2016 de 31 mayo (JUR 2016\177804); y núm. 130/2016 de 7 abril (JUR\2016\132058). La cuestión se antoja controvertida ya que ni existe unanimidad entre los magistrados de esta Sección. Por ejemplo, en la resolución de 7 de abril de 2016 un magistrado realiza un voto particular en contra de la decisión de sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria como consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula suelo ya que a su juicio esta no es fundamento de la ejecución y solo determina la cantidad exigible.



Provincial de las Palmas³ y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo⁴. Asimismo, muchos Juzgados de Primera Instancia⁵.

Al contrario, la mayoría de la jurisprudencia actual de las Audiencias Provinciales⁶ determina que el efecto de la declaración de abusividad de una cláusula limitativa del interés remuneratorio en el procedimiento de ejecución hipotecaria no debe ser el sobreseimiento, sino su continuación, porque la cláusula suelo abusiva no es fundamento de la ejecución y únicamente determina la cantidad exigible (postura reforzada por sendos Acuerdos de Unificación de Criterios de las Audiencias Provinciales de Almería y Barcelona). Por tanto, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial generalmente adoptada se da la oportunidad al ejecutante de realizar un “recálculo”, en la cantidad por la que solicita el despacho de ejecución, de los importes relativos a intereses remuneratorios vencidos y no pagados sin tener en cuenta el límite de lo pactado como suelo.

2. Crítica a la práctica relativa a sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria como consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula suelo

Los tribunales que “archivan” el procedimiento de ejecución hipotecaria fruto de la declaración de abusividad de la cláusula suelo lo hacen porque la consideran

³ Autos núm. 269/2016 de 6 mayo (JUR\2016\158852); núm. 260/2016 de 4 mayo (JUR 2016\15897); núm. 36/2016 de 17 febrero (JUR 2016\67548); y núm. 35/2016 de 15 febrero (JUR 2016\67546).

⁴ Auto núm. 488/2016 de 20 de septiembre de 2016 (sin referencia).

⁵ Por citar algunos: AJPI nº 3 de Torrijos núm. 132/2016 de 18 de marzo (sin referencia) y núm. 345/2016 de 22 de junio (sin referencia); AJPI nº 4 de Granollers núm. 270/2014 de 2 mayo 2014 (AC\2014\668); AJPI nº 8 de Mataró núm. 42/2914 de 16 enero (AC\2014\5); AJPI nº 13 de Granada núm. 267/2013 de 9 octubre (AC\2014\753); y AJPI nº 10 de Sevilla núm. 412/2014 de 2 mayo (JUR\2014\139108).

⁶ AP de Barcelona (Sección 19ª) Auto núm. 146/2016 de 19 mayo AC\2016\1173, (Sección 1ª) Auto núm. 132/2016 de 12 abril (JUR\2016\121756), (Sección 13ª) Auto núm. 120/2016 de 7 abril (JUR\2016\131770), (Sección 4ª) Auto núm. 129/2016 de 31 marzo (JUR\2016\123066) y (Sección 11ª) Auto núm. 139/2016 de 6 abril (JUR\2016\127069); AP de Granada (Sección 3ª) Auto núm. 71/2016 de 3 mayo (JUR\2016\178402); AP de Huelva (Sección 2ª) Auto núm. 172/2016 de 25 mayo (JUR\2016\166415); AP de Girona (Sección 1ª) Auto núm. 25/2016 de 12 febrero (JUR\2016\62998); AP de Castellón (Sección 3ª) Auto núm. 137/2016 de 23 marzo (JUR\2016\152906); AP de Jaén (Sección 1ª) Auto núm. 3/2016 de 7 enero (JUR\2016\56708); AP de Madrid (Sección 14ª) Auto núm. 30/2016 de 21 enero (JUR\2016\90993), (Sección 9ª) Auto núm. 248/2016 de 10 junio (JUR\2016\183301) y (Sección 12ª) Auto núm. 54/2016 de 3 marzo (JUR\2016\90580); AP de Sevilla (Sección 6ª) Auto núm. 32/2016 de 11 febrero (JUR\2016\114303); AP de Tarragona (Sección 1ª) Auto núm. 70/2016 de 30 marzo (JUR\2016\134412); AP de Cádiz (Sección 8ª) Auto núm. 88/2016 de 28 marzo (JUR\2016\181458) y (Sección 2ª) Auto núm. 130/2016 de 9 mayo (JUR\2016\180327); y AP de Almería (Sección 1ª) Auto núm. 39/2016 de 5 febrero (JUR\2016\79343), entre otras.



fundamento de la ejecución (ex art. 695.3. II) Los argumentos que sostienen para ello son principalmente los siguientes:

- (i) *“(L)a abusividad de la limitación de variación del tipo de interés remuneratorio ha determinado la cantidad que los prestatarios tenían que pagar, cuyo impago determina la resolución anticipada, y con ello el inicio”* del procedimiento de ejecución hipotecaria;
- (ii) *“(L)a aplicación por parte de la entidad prestamista de una cláusula suelo abusiva hace que la cantidad reclamada en concepto de interés remuneratorio sea inexigible, por lo que incidiendo ello en el fundamento de la ejecución, la consecuencia procedente es el sobreseimiento de la misma”;*
- (iii) Tienen en *“cuenta que una cláusula suelo es determinante del precio, pues establece la remuneración que el prestatario debe abonar al prestamista, de forma que éste ha dado por vencido el préstamo en virtud de que el ejecutado ha dejado de pagar cantidades que habían sido calculadas conforme a una cláusula ineficaz (...). La liquidación que sirve de fundamento a la ejecución es, por ello, incorrecta. Incorrección que afecta al precio y a las cuotas cuyo impago determina el procedimiento de ejecución. Y es, en suma, que la nulidad de una cláusula suelo provoca la pérdida de virtualidad jurídica del incumplimiento que da lugar al vencimiento anticipado y al ejercicio de la acción ejecutiva. Por ello, si la ley exige que se notifique al prestatario una liquidación correcta y no viciada por una cláusula nula que afecta a un elemento esencial de la obligación como es el precio (...), la consecuencia debe de ser acordar el sobreseimiento de la ejecución y no únicamente una subsanación de lo indebidamente liquidado por vía de su inaplicación o de un nuevo cálculo de lo adeudado, teniendo en cuenta la nulidad apreciada”;*
- (iv) La declaración de abusividad del suelo provoca *“la iliquidez de la deuda reclamada, cuyo requisito no puede ser convalidado con la reformulación por el acreedor dentro del mismo proceso ejecutivo de una nueva liquidación, ya que la liquidez de la deuda es presupuesto del despacho de la ejecución hipotecaria (artículo 573.1. 2º LEC)”.*

Todos estos argumentos pueden ser rechazados, aunque la cuestión se torna algo compleja. En primer lugar, el art. 695.1.4º LEC fija como motivos de oposición a la ejecución hipotecaria el *“carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*. En caso de que el juez estime la oposición por la existencia de cláusulas abusivas *“acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución.*



En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva” (art. 695.3.II LEC). En efecto, en el procedimiento de ejecución hipotecaria el ejecutado solo podrá alegar la existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o determinen la cantidad exigible, no de cualquier otra cláusula, al contrario que en la ejecución ordinaria (*vid.* art. 557.1.5º LEC).

Como se deduce de la lectura de los citados preceptos, la LEC, en su reglamentación sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria no delimita que debe entenderse por una cláusula abusiva que *fundamente la ejecución* o por otra que *determine la cantidad exigible*. Tampoco existe una norma parecida en la regulación de la ejecución ordinaria que pueda extenderse al procedimiento ejecutivo hipotecario. Como es sabido, estos apartados a los que nos referimos fueron introducidos por la Ley 1/2013. En la Exposición de Motivos de la norma no se hace ninguna referencia a la diferencia entre una cláusula que sea fundamento de la ejecución y otra que determine la cantidad exigible. Nada en este sentido se manifestó en los trámites parlamentarios desde la remisión de la Proposición de Ley al Congreso de los Diputados hasta su aprobación definitiva (ni en los Informes, Enmiendas, Propuestas de Veto, Votos Particulares y Dictamen de la Comisión)⁷. También es notorio que la Ley 1/2013 se creó con motivo de lo declarado en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Aziz). Pero como era de suponer, tampoco se aclara nada en esta resolución sobre la divergencia entre una cláusula abusiva que fundamenta la ejecución y otra que determina la cantidad exigible. Asimismo, la doctrina no ha producido trabajos que aborden esta diferenciación de forma exhaustiva⁸.

⁷ Únicamente el Senador Jesús Enrique Iglesias Fernández, IU (GPMX) y el Senador José Manuel Mariscal Cifuentes, IU (GPMX), formularon una enmienda de modificación del art. 695.3.II con la finalidad de que el precepto quedara redactado de la siguiente forma: “(d)e estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En caso de que el carácter abusivo de la cláusula hubiese determinado la cantidad exigible, el juez resolverá lo que proceda al respecto. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”, y lo motivaban “(e)n coherencia con la STC del Tribunal de Justicia de Luxemburgo” (*vid.* BOCG Senado, apartado I, núm. 181-1297, de 30/04/2013, cve: BOCG_D_10_181_1297) . En efecto, nada nos aclara esta enmienda sobre la diferencia conceptual entre una cláusula abusiva que fundamenta la ejecución y otra que determina la cantidad exigible

⁸ PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M.E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., “Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 35-2013 [Consulta: 20 de septiembre de 2016] han advertido que “la LEC no ofrece un concepto de qué debe entenderse por cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible, sino que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Esta indefinición comportará que, ante la invocación de esta causa de oposición, el juez tenga que analizar, caso por caso, cada una de las cláusulas denunciadas para determinar si superan el que podríamos denominar como «test de idoneidad» establecido en el artículo 695.1.4.ª LEC y si, por tanto, son susceptibles de integrar alguno de los dos supuestos en él previstos”. Estos autores no hacen referencia a la cláusula suelo, pero entienden que por ejemplo la cláusula de intereses moratorios abusiva no es el fundamento de la ejecución, sino que este “reside en el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago del préstamo o crédito, y no en los intereses



Con todo, creo que existen razones sólidas para concluir que una cláusula suelo abusiva no es fundamento de la ejecución sino que determina la cantidad exigible y, que consecuentemente, el procedimiento de ejecución hipotecaria debe continuar sin aplicación del tipo suelo nulo:

- (i) En términos cuantitativos, la cláusula suelo no es el fundamento de la ejecución, ya que el grueso de la reclamación por la que se solicita el despacho de ejecución corresponde al capital pendiente y en menor medida a otros importes como intereses de demora y algunas comisiones. En cuanto a la cantidad reclamada en concepto de intereses ordinarios, solo una escasa parte, la que deriva de la aplicación del suelo, sería inexigible;
- (ii) En esencia, lo que sucede, cuando el acreedor ejecutante incluye en la cantidad por la que solicita el despacho de ejecución importes en aplicación de una cláusula suelo, es que este está reclamando una cantidad excesiva. Así, la LEC permite al ejecutado oponerse al despacho de ejecución por error en la cantidad exigible por exceso o pluspetición (arts. 695.1.2º y 557.1.3º LEC). Pues bien, el artículo 695.3.I LEC prevé que de estimarse la oposición por error en la cantidad exigible la ejecución seguirá adelante y el juez fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. En el mismo sentido el artículo 558.1 LEC prevé la continuación de la ejecución aunque se estime la oposición por pluspetición o exceso. Asimismo, el artículo 575.2 LEC impide al juez denegar el despacho de ejecución aun cuando entienda que la cantidad debida es distinta de la reclamada por el ejecutante en su demanda. En efecto, realizando una interpretación sistemática de la LEC puede inferirse que el Legislador, en los casos en los que el ejecutante solicita en la demanda ejecutiva una cantidad excesiva –que es lo que de facto ocurre cuando se aplica una cláusula suelo abusiva–, ha querido que el procedimiento de ejecución continúe pero eliminando este exceso de la liquidación. Por tanto, la abusividad de una cláusula suelo no puede conllevar el sobreseimiento del proceso ejecutivo, sino su continuación, debiendo minorarse la cantidad por la que el ejecutante solicita el despacho de ejecución;
- (iii) Aunque los intereses de demora y los remuneratorios en teoría tienen una naturaleza jurídica diferente, en lo que se refiere a la ejecución ambos son partidas incluidas en la cantidad por la que el ejecutante insta el despacho de ejecución, existiendo entre ellos solo diferencias cuantitativas. Así pues, aunque la Ley no prevé qué hay que hacer cuando en un proceso de ejecución hipotecaria se anula

moratorios cuyo devengo solamente está pactado para esa situación de impago propiciada por el deudor”.



una cláusula limitativa del interés ordinario y en vez de este ha de aplicarse otro tipo de interés, sí regula un supuesto muy parecido. Esa regulación se contiene en la DT 2ª de la Ley 1/2013 la cual prevé la existencia de un interés de demora demasiado alto que ha de quedar sin efecto –lo mismo que cuando se aplica un tipo suelo abusivo– para ser sustituido por otro consistente en el triple del interés legal –en el supuesto de la cláusula suelo para ser sustituido por el interés ordinario–. En esos casos lo que la ley ordena no es que se sobresea el procedimiento sino que se recalculen la cantidad reclamada en concepto de interés moratorio. Por lo tanto, realizando una aplicación analógica de la citada disposición (*ex art. 4.1 CC*) creo que en los casos en los que se declare abusiva la cláusula suelo deberá recalcularse la cantidad por la que el ejecutante solicita el despacho de ejecución aplicando únicamente los intereses remuneratorios;

- (iv) La cláusula suelo abusiva no es fundamento de la ejecución, dado que eliminada aquella el contrato puede subsistir, como así lo declaró expresamente la STS de 9 de mayo de 2013 (apartados 275 y 276). Además, que la declaración de abusividad de la cláusula suelo afecte a un elemento esencial del contrato no hace perder toda virtualidad al título tal como expresó la citada STS (apartado 9º del fallo);
- (v) El fundamento de la ejecución es el impago del deudor por el cual el acreedor resuelve anticipadamente el préstamo. Así, la previsión de vencimiento anticipado es la cláusula que fundamenta la ejecución si el acreedor ha resuelto el contrato ajustándose a ella;
- (vi) La declaración de abusividad de la cláusula suelo únicamente incide en los intereses remuneratorios del préstamo, minorándolos, por ello, afecta en la cuantificación de la cantidad exigible;
- (vii) Si bien dijimos que en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 no se hacen distinciones conceptuales entre una cláusula que fundamente la ejecución y otra que determine la cantidad exigible, de un escueto enunciado puede interpretarse lo que pretendía el legislador en lo concerniente a cómo afecta la declaración de abusividad de una cláusula en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Así, en la Exposición de Motivos se dice que “*el Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución*”. Por tanto, el legislador además de querer tutelar los derechos del ejecutado pretende que el procedimiento ejecutivo se agilice, y no se va agilizar si los jueces sobreseen el procedimiento de



ejecución hipotecaria por una cuestión perfectamente subsanable, como es la eliminación de los importes resultantes en aplicación de la cláusula suelo de la cantidad por la que el ejecutante solicita el despacho de ejecución. Consecuentemente, la subsanación debe permitirse porque aparte de ser un acto racional está prevista en los artículos 231 LEC y 11 LOPJ.

Aparte de estos argumentos, si aceptáramos la teoría de que la cláusula suelo abusiva es fundamento de la ejecución y que su nulidad conlleva el cierre del procedimiento ejecutivo podría llegarse al absurdo de impedir a los acreedores hacer efectivo su crédito con la venta de la garantía a pesar de haber dejado los prestatarios de abonar un gran número de plazos. Esto me parece una opción totalmente desproporcionada, pues a un acreedor que solicita la tutela judicial de su derecho y a quien no se le paga lo que se le debe desde hace mucho se le sobresee el procedimiento y se le dice que vuelva a comenzar, es decir, que vuelva a interponer una demanda de ejecución hipotecaria aplicando en la liquidación el tipo de referencia pactado sin incluir la cláusula suelo, cuando la cuestión podía haberse subsanado en el mismo proceso. Las resoluciones que sobreseen el procedimiento de ejecución como consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula suelo, aparte de no ser armónicas con la regulación de la ejecución hipotecaria, tampoco beneficiarán a los deudores hipotecarios que finalmente serán ejecutados y verán como su deuda sigue aumentando. Estas decisiones incluso podrán provocar restricciones en el mercado de crédito hipotecario ya que los acreedores no tendrán estímulos para aumentar la oferta de financiación si se les impide el acceso al procedimiento que les permite realizar la garantía de forma sumaria. Resoluciones como estas también podrán desencadenar un aumento del precio del préstamo hipotecario, pues el hecho de que el acreedor tenga que interponer otra demanda de ejecución hipotecaria implica para estos gastos de asesoramiento jurídico que trascenderán en los futuros prestatarios.