

**¿CABE Oponerse a la Ejecución Hipotecaria por Falta de
Transparencia de una Cláusula Suelo? Si Prospera,
¿Continúa la Ejecución por la Cifra Recalculada o Procede
el Sobreseimiento?¹
(Auto AP Barcelona, Secc. 17ª, de 4 octubre 2014²)**

Encarna Cordero
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 13 de febrero de 2014

La resolución que constituye el objeto de esta nota tiene como fin determinar si, conforme a la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2014, es posible una oposición a la ejecución hipotecaria basada en la falta de transparencia de una cláusula suelo, así como los efectos que la eventual apreciación de la causa de oposición pueda tener en el procedimiento.

El Juzgado de 1ª Inst. de Igualada (en auto de 16 diciembre 2013) había estimado parcialmente el incidente extraordinario de oposición del ejecutado previsto en la DT 4ª de la ley 1/2013 decretando que la cláusula de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio (cláusula suelo) prevista en el contrato debía considerarse abusiva, razón por la que acordó el sobreseimiento de la ejecución.

La entidad ejecutante sustentó su apelación, entre otros, en los siguientes: a) que el control de transparencia de una cláusula suelo no es admisible en el incidente extraordinario de la DT 4ª de la Ley 1/2014, pues la abusividad es un concepto distinto del de transparencia cuyo control corresponde a los Juzgados de lo mercantil; b) en todo caso, la falta de transparencia de la cláusula no podría determinar el sobreseimiento de la ejecución.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

² AC 2014\1984.

La AP de Barcelona, Sala 17ª, viene a resolver en los siguientes términos:

1º. En el marco del incidente extraordinario de la DT 4ª de la Ley 1/2013 cabe realizar un juicio de transparencia. La Sala considera que la norma *«no distingue el fundamento, esto es, la razón que permite apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales o, dicho de otro modo... no restringe el control de abusividad a aquellos casos en que el eventual carácter abusivo de una cláusula se derive de la constatación de que la misma provoca un desequilibrio en perjuicio del consumidor»*. Continúa la Sala argumentado que de los fundamentos de la STS 9 mayo 2013 *«se deduce que el efecto de no superar tal control es la consideración del carácter abusivo de la disposición contractual de que se trate, precisamente, por falta de transparencia en los términos expuestos. De todo ello se sigue la posibilidad de plantear en el marco de las causas de oposición a la ejecución hipotecaria recogidas en el art. 695.1 de la LEC en su actual redacción y, por tanto, también en el incidente extraordinario previsto en la DT 4ª de la Ley 1/2013, la posible falta de transparencia de las disposiciones contractuales como fundamento de su eventual carácter abusivo»*.

El Auto refleja el criterio que impera en las AAPP, conforme al cual el control de transparencia es posible en el incidente extraordinario de oposición de la DT 4ª de la Ley 1/2013³. Se trata de un efecto derivado de la STS 9 mayo 2013: como hemos expuesto críticamente en otro lugar⁴, esta sentencia creó una causa adicional de nulidad de cláusulas contractuales que no está prevista en ninguna norma: el control de transparencia no es el control de inclusión (de los arts. 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU), ni el control de abusividad (de los arts. 82 y ss. TRCLU), ni es tampoco una nulidad por error (art. 1266 CC). Expresamente afirma el TS en la sentencia citada que la cláusula suelo no es abusiva y que *«son incluso lícitas las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo»* (apartados 257, 257, 258 y 262 de la sentencia), con lo que el TS convierte la falta de transparencia sustancial en una causa autónoma de nulidad que nada tiene que ver con el desequilibrio que comporte la cláusula. En la medida en que esta sentencia creó una causa adicional de nulidad no prevista en ninguna ley, los jueces

³ Autos de la AP Barcelona, Secc. 14ª, de 9 mayo 2014 (AC 2014\697) y 2 octubre 2014 (JUR 2014\295054), Autos de la AP Córdoba de 17 febrero 2014 (AC 2014\913), y dos de 30 abril 2014 (AC 2014\999 y 1000), AAP Barcelona, Secc. 13ª, de 30 septiembre 2014 (JUR 2014\295343), AAP Barcelona, Secc. 1ª, de 1 octubre 2014 (JUR 2014\295254), AAP Granada 11 abril 2014 (AC 2014\971) y AAP Zaragoza 19 noviembre 2013 (AC 2014\760) donde, en este incidente, se concluyó que no había falta de transparencia de la cláusula suelo cuestionada.

⁴ CARRASCO PERERA y CORDER LOBATO: "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 7/2013, pp. 164-183, revista disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

se enfrentaron a la tesitura de decidir si las causas de oposición (ordinaria y extraordinaria) a la ejecución hipotecaria iban a quedar limitadas a la nulidad por abusividad de los arts. 82 y ss. del TRLCU, que es la abusividad a la que razonablemente puede referirse el Legislador en los arts. 695.1.4ª y 561.1.3ª LEC y, para la ejecución extrajudicial, los arts. 129.2 f) de la LH y DT 5ª de la Ley 1/2013 o si, por el contrario, cabía una oposición a la ejecución basada en el control de transparencia. Como hemos indicado, mayoritariamente se ha optado por esta última opción. En mi opinión esta extensión es incorrecta: dado el carácter sumario del procedimiento, las causas de oposición han de ser de interpretación estricta, pues es evidente que no toda nulidad de una cláusula contractual puede ser articulada vía oposición: piénsese, por ejemplo, en que el consumidor no puede oponerse a la ejecución alegando nulidad por error sustancial de acuerdo con el 1266 CC, alegación que, por cierto, está siendo innecesaria dada la “creación” de este control de transparencia y la extensiva aplicación de las cláusulas de oposición que estamos comentando. No corren buenos tiempos para la seguridad jurídica, tan necesaria para favorecer el crédito a futuros consumidores.

2º. La AP considera también que **si bien los juzgados de lo mercantil tienen reservado el conocimiento de las acciones colectivas e individuales previstas en la LCGC, los juzgados de primera instancia tienen una competencia genérica y residual sobre condiciones generales de la contratación que les permite abordar el control de cláusulas abusivas en el marco de la ejecución hipotecaria.** Por las razones que hemos indicado no compartimos este razonamiento: las cláusulas suelo no son cláusulas abusivas que puedan permitir fundar una oposición en una ejecución.

3º. La AP considera que **la cláusula suelo no es transparente cuando** no consta que se proporcionase una información suficiente a los prestatarios que les permitiera identificar claramente que la cláusula constituía un elemento definitorio del objeto principal del contrato, **el tipo de interés hay que deducirlo de diversos apartados del contrato** (pues la cláusula se encuentra entre una gran cantidad de datos en una extensa escritura), **tampoco consta que la entidad bancaria realizase simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en la fase precontractual** y, finalmente, **no consta que el notario cumpliera específicamente sus obligaciones de información sobre las circunstancias del interés variable y las limitaciones a su variación, limitándose a lectura al contrato.** En este punto el auto «selecciona» algunos de los parámetros de falta de transparencia que mencionó la STS 9 mayo 2013 y que ni siquiera fueron aclarados en el Auto de aclaración del TS de 3 de junio de 2013, donde el TS renuncia a

formular criterios de transparencia que permitan anticipar en todos los casos un juicio de validez de la cláusula.

4º. La Sala estima que ha de acordarse la retroactividad de los efectos de la nulidad puesto que, a diferencia de lo que sucedió en la STS 9 mayo 2013, no se trata de la acción colectiva de cesación que obligue a revisar miles de contratos suscritos, sino que **estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad.** En este punto, el auto es uno más que se suma a los dispares criterios que sobre este extremo existen en los juzgados y tribunales⁵.

5º. La nulidad de la cláusula suelo no comporta el sobreseimiento de la ejecución, porque el contrato puede permanecer con exclusión de la cláusula que ha sido declarada abusiva y realizando una nueva liquidación (art. 695.3 LEC). El auto es correcto en este punto, pues el sobreseimiento sólo procede cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, ya que en otro caso hay que continuar la ejecución inaplicando la cláusula declarada abusiva (art. 695.3 LEC), aunque ello suponga tener que recalcular la cifra reclamada sin aplicación de la cláusula suelo⁶. Para determinar el sobreseimiento no basta, pues, que la cláusula declarada abusiva sea “determinante de la cantidad exigible”⁷, sino que ha de ser el presupuesto y *conditio sine qua non* de la

⁵ V. la exposición de AGÜERO ORTIZ, “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 6/2013, pp. 291-299, revista disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

⁶ Es el criterio mayoritario en las AAPP: AAP Barcelona, secc. 14ª, de 9 mayo 2014 (AC 2014\697), AAP Granada 19 noviembre 2013 (AC 2014\971), AAP Barcelona, secc. 1ª, 1 octubre 2014 (JUR 2014\295295). En contra, AAAP Córdoba 30 abril 2014 (AC 2014\999) y 15 diciembre 2014 (JUR 2014\6819).

⁷ La AP Córdoba mantiene que la nulidad de la cláusula suelo tiene como consecuencia el sobreseimiento de la ejecución. Se argumenta que (AAP Córdoba 30 abril 2014 [AC 2014\999]) «lleva razón la juez de instancia al acordar el sobreseimiento al considerar que fundamenta la ejecución, pues la aplicación por parte de la entidad prestamista de la cláusula abusiva afecta al importe de las cuotas cuyo impago determina el vencimiento del préstamo y la solicitud de ejecución, siendo por ello incorrecta la liquidación del saldo deudor notificada a los ejecutados. A lo que debemos añadir que el cálculo basado en una estipulación ineficaz hace que la cantidad reclamada sea inexigible. Por lo que, conforme al criterio mantenido por esta Audiencia Provincial (así Auto de fecha 27.1.2014, Rollo 72/14) resulta adecuado el sobreseimiento de la ejecución acordado en el auto apelado». Asimismo, en el AAP Córdoba 15 diciembre 2014 (JUR 2014\6819) se estima que «considerada nula la cláusula suelo conforme hace la resolución apelada, pronunciamiento no cuestionado, y siendo su aplicación determinante de la cantidad exigible, la consecuencia no puede ser otra que la marcada por el artículo 695.3.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el sobreseimiento de la ejecución, que puede tener el mismo significado que la nulidad en el despacho de ejecución, como se vino a entender en auto de esta Sección de 11 de septiembre de 2014, pero cuyos concretos efectos, que aquí y ahora cabe fijar, no son

ejecución, como sucedería, por ejemplo, con una cláusula de vencimiento anticipado que fuera abusiva (que determinaría la inexigibilidad de la obligación de restituir el crédito), pero no con la cláusula suelo.