

EL JUEZ DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA PUEDE APRECIAR DE OFICIO LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA SOBRE LA QUE NO SE HABÍA PRONUNCIADO AÚN NO TENIENDO DISPONIBLE UN ACTO PROCESAL PARA ELLO, PERO CON EL LÍMITE TEMPORAL DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL INMUEBLE POR EL EJECUTADO O, EN SU CASO, HASTA QUE SE DICTE EL DECRETO DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 28 de febrero de 2017

Cierto sector jurisprudencial, con fundamento en la seguridad jurídica, es reacio a desplazar normas reguladoras del proceso civil en favor de principios relativos a la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas. En efecto, algunas Audiencias¹ consideran que el principio de preclusión de los actos procesales no puede ceder ante otro postulado, más novedoso y construido jurisprudencialmente, como el de apreciación de oficio por el juez de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato en cualquier fase del procedimiento. A lo que me refiero acaece en ejecuciones hipotecarias instadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en las que una vez precluidos los incidentes de los artículos 552.1.II y 695.1 4º de la LEC los jueces de Primera Instancia de oficio, a raíz, o no, de una falsa oposición a la ejecución, declaran abusiva la cláusula de vencimiento anticipado del título ejecutivo que no fue analizada con anterioridad en ninguna fase del procedimiento, con el consiguiente sobreseimiento del proceso. Pues bien, la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia revoca todos estos autos de Primera Instancia porque a su juicio conculcan, principalmente, la cosa juzgada formal de las

¹ Principalmente la AP de Valencia (Sección 9ª) Auto núm. 1618/2016 de 7 de noviembre (JUR\2017\13728); Auto núm. 1021/2016 de 21 de junio (JUR\2016\213657); Auto núm. 1546/2016 de 27 de octubre (JUR\2017\13900); Auto núm. 1424/2016 de 10 octubre (JUR 2017\13626); Auto núm. 1559/2016 de 2 noviembre (JUR 2017\13643); Auto núm. 1878/2016 de 28 de diciembre (Roj: AAP V 826/2016 - ECLI: ES:APV:2016:826ª); Auto núm. 1853/2016 de 22 de diciembre (Roj: AAP V 761/2016 - ECLI: ES:APV:2016:761ª); entre muchos otros. También la AP de Barcelona (Sección 1ª) Auto núm. 79/2016 de 7 de marzo (Roj: AAP B 498/2016 - ECLI: ES:APB:2016:498ª).

resoluciones firmes y el principio de preclusión de los actos procesales, pudiendo provocar a su parecer una merma de la seguridad jurídica y de los derechos del ejecutante y de eventuales terceros adjudicatarios de los inmuebles. En consecuencia, la Audiencia ha establecido como doctrina jurisprudencial “que la revisión del carácter abusivo de una cláusula contractual no puede reiterarse en cualquier momento del proceso, sino solo de oficio por el juez al despachar ejecución o a instancia del consumidor al oponerse a la ejecución”. Con todo, a la luz de la doctrina de la STJUE de 26 de enero de 2017 Banco Primus parece que el único límite a la apreciación de oficio por el juez de la existencia de cláusulas abusivas en cualquier fase del procedimiento es que exista una resolución anterior que contenga un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de cláusulas del contrato. Sin embargo, consideramos que también deben aplicarse otros límites, temporales, a la apreciación de oficio por el juez de la existencia de cláusulas abusivas en cualquier fase del procedimiento de ejecución hipotecaria cuando puedan perjudicarse gravemente los derechos de terceros adjudicatarios del inmueble.

En esta nota principalmente comentaremos el Auto de la Sección 9ª de la AP de Valencia núm. 1618/2016 de 7 Noviembre (JUR\2017\13728) que aborda la cuestión arriba descrita.

1. Hechos relevantes del litigio

En el proceso que comentamos la demanda se interpuso con posterioridad a la reforma procesal efectuada por la Ley 1/2013, por lo que tribunal de instancia, al despachar ejecución, tenía la obligación de examinar de oficio (art. 552.1. II LEC) si existían cláusulas abusivas en el contrato celebrado entre empresario y consumidor, y de declarar, en su caso, su nulidad. Sin embargo, el juez de la ejecución no lo hizo, y despachó ejecución sin hacer alusión a que el contrato contuviera alguna cláusula que pudiera ser calificada como abusiva y sin conceder a las partes el trámite de audiencia del artículo 552.1. II LEC. Por supuesto, tampoco se refirió a la cláusula de vencimiento anticipado.

Posteriormente, una de las demandadas formuló oposición a la ejecución en el que alegó la abusividad de la cláusulas de intereses moratorios y de la comisión por reclamación, pero no la de vencimiento anticipado. El Juzgado resolvió el incidente por auto declarando la nulidad de las cláusulas y ordenó que la ejecución siguiera adelante sin aplicación de aquellas, pero no se pronunció de oficio sobre la cláusula de vencimiento anticipado. Ese auto fue apelado por la ejecutada mediante un ofuscante recurso en el que solicitó que se declarase, entre otras cosas, ¡la nulidad de la totalidad de los contratos que comercializaba la entidad bancaria!, pero no alegó el carácter abusivo del vencimiento anticipado. El recurso de apelación fue desestimado mediante AAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 466/2015 de 1 de julio (JUR

2015/273423), que confirmó el auto apelado que declaraba abusivas las dos cláusulas y fijaba seguir adelante con el proceso sin aplicación de las estimadas nulas. Sin embargo, tampoco en la apelación la Audiencia entró a valorar el posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Como es lógico la parte ejecutante solicitó que se procediera a la subasta (*ex art. 691 LEC*) de la finca hipotecada. Luego, la parte demandada presentó un escrito planteando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, hecho que la Audiencia de Valencia ha considerado en alguna otra resolución como “*una oposición a la ejecución encubierta*”, ya que en este momento procesal el ejecutado no dispone de ningún “vehículo legal” para alegar la abusividad de cláusulas. Después de que el ejecutado presentara el escrito el tribunal acordó oír a las partes por 15 días para que se pronunciaran sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, utilizando el juzgado el trámite del artículo 552.1.II LEC en un momento procesal que la Ley no prevé. Tras practicarse la audiencia el juzgado mediante auto declaró “*de oficio*” abusiva la cláusula y sobreseyó la ejecución.

Este auto fue recurrido en apelación por el banco y el recurso fue estimado por la Audiencia, que revocó la resolución y ordenó que la ejecución siguiera adelante, principalmente por que a su juicio el auto se dictó vulnerando los principios de cosa juzgada formal (art. 207.3 y 4 LEC) y de preclusión de los actos procesales (art. 136 LEC).

2. Fundamentos de la Audiencia

Para la Audiencia no es aplicable al caso la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)² donde el TJUE declaró que “*la existencia de un primer control de oficio respecto a una o varias cláusulas contractuales no puede limitar la obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento*”. A juicio de la Audiencia la doctrina de esta sentencia no es extrapolable al caso del que conoce pues en aquel procedimiento el juez todavía podía pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas en el auto que resuelve el incidente del artículo 695.1.4 LEC, “*mientras que en el caso que ahora se enjuicia el procedimiento se encuentra en un estado en el que el tribunal no debía intervenir, sino que era el Secretario quien debía resolver*”. Por tanto, la Audiencia entiende que cuando el Juez declara la nulidad de la cláusula había prelucido procesalmente la posibilidad de examinar el carácter abusivo de las

² Véase MARTIN FABRA, J.M., “Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017”, Centro de Estudios de Consumo, febrero 2017, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/02/Preclusion-del-plazo-de-oposicion-cosa-juzgada-formal-y-vencimiento-anticipado-en-la-ejecucion-hipotecaria.pdf> [Consulta: febrero 2017].

cláusulas del contrato, pues acordada la celebración de la subasta, no contempla la LEC un trámite por el que el tribunal vuelva a revisar su decisión sobre la existencia o no de cláusulas abusivas en el contrato (véase arts. 691 a 698 LEC y 675 de la misma), ni contempla tampoco que, en ese estado del procedimiento, dé audiencia a las partes para que puedan alegar sobre la existencia o no de cláusulas abusivas o puedan pronunciarse sobre la cláusula que sea.

Además, la Audiencia juzga que no es aplicable al caso el acuerdo de Unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de junio de 2015, que establece el momento de lanzamiento como límite temporal en el análisis de oficio de cláusulas contractuales abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Según los magistrados el contenido del acuerdo únicamente es aplicable a las ejecuciones hipotecarias que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento, en consonancia con lo dispuesto en la DT 1ª de esa Ley, pues con esas normas se trataba de hacer posible, en aquellos procedimientos en los que ya había transcurrido el periodo de oposición, que las partes ejecutadas dispusiesen de un nuevo plazo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas. No obstante, la Audiencia no considera la doctrina del acuerdo aplicable a un procedimiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en el que el tribunal primero y la parte ejecutada después pueden plantear la existencia de cláusulas abusivas.

En esencia, para la Audiencia, el hecho de que el juez de la ejecución no apreciara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado al despachar ejecución ni al resolver el incidente de oposición puede provocar una quiebra de la seguridad jurídica puesto que puede vulnerar derechos del ejecutante o de terceros adjudicatarios del inmueble

3. Conclusiones

3.1. El auto revocado no vulnera la cosa juzgada formal (art. 207. 3 y 4 LEC)

En mi opinión el auto revocado no entra en confrontación con el principio de cosa juzgada formal puesto que no hay constancia de que en algún momento del procedimiento de ejecución en liza se examinara la cláusula de vencimiento anticipado: no se alegó por el ejecutado (en la oposición a la ejecución o en el recurso de apelación) ni tampoco el juez o la Audiencia realizaron el examen de oficio. Consecuentemente, aunque el juez de la ejecución *debe estar en todo caso a lo dispuesto* en el auto firme que declara abusivas dos cláusulas y ordena proseguir la ejecución, nada se dice en este sobre el vencimiento anticipado, por lo que no le vincula en cuanto al examen de abusividad de la cláusula. Nótese,

que tanto la cosa juzgada formal como la material (art. 222 LEC) alcanzan a una cuestión sustantiva concreta sometida a litigio, debiendo existir identidad subjetiva y objetiva entre la resolución firme y sobre la que se pretende que tenga eficacia la cosa juzgada. Así pues, es evidente que no existe identidad objetiva entre: (i) el auto que resuelve la apelación del incidente de oposición y que confirma la abusividad de dos cláusulas y la continuación del procedimiento y (ii) el auto posterior que declara la abusividad del vencimiento anticipado y el sobreseimiento del proceso, pues en aquel la controversia no giró en torno a la abusividad del vencimiento anticipado y su efecto sobre el procedimiento. Por esta razón no cabe que se revoque el auto por vulneración de la cosa juzgada formal.

Con todo, si la Audiencia, en el auto en el que resolvió la apelación contra el auto que falló sobre incidente de oposición, hubiese dicho que eran abusivas las cláusulas de interés moratorio y de comisión por reclamación pero “*no el resto de cláusulas del contrato*”, y luego el juez de la ejecución de oficio hubiese entrado a valorar el vencimiento anticipado, la resolución de la Audiencia sí tendría efecto de cosa juzgada formal sobre el auto que declara abusivo el vencimiento anticipado y el archivo del proceso, porque en este caso la Audiencia ya habría examinado la cláusula. En un supuesto así la Audiencia sí podría haber revocado por vulneración de la cosa juzgada formal el auto que declara abusivo el vencimiento anticipado y el archivo del proceso.

3.2. El juez de la ejecución hipotecaria puede declarar de oficio abusiva una cláusula sobre la que no se había pronunciado aún habiendo precluido los actos procesales para ello, siempre que lo haga antes de la toma de posesión del inmueble por el ejecutante (art. 675 LEC) o, en su caso, hasta que se dicte el decreto de adjudicación a favor de tercero (art. 673.2 LEC)

Como expusimos la Audiencia justifica la inaplicación de la doctrina de la STJUE de 26 de enero de 2017 Banco Primus (*la existencia de un primer control de oficio respecto a una o varias cláusulas contractuales no puede limitar la obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento*) diciendo que en ese caso el juez de la ejecución todavía tenía a su disposición el auto que resuelve el incidente del artículo 695.1.4º LEC para pronunciarse sobre las cláusulas abusivas, mientras que este procedimiento el juez ya no dispone de un precepto procesal que le permita apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Asimismo, la Audiencia entiende que el hecho de que el juez aprecie de oficio una cláusula abusiva una vez precluidos los actos procesales que prevé la LEC para hacerlo puede ocasionar una quiebra de la seguridad jurídica por vulneración de los derechos del ejecutante y de eventuales terceros adjudicatarios del inmueble.

No obstante, estamos solo parcialmente de acuerdo con la Audiencia. Es cierto que se podría invocar la seguridad jurídica cuando puedan vulnerarse derechos de terceros adquirentes del inmueble, pero no así si el que se adjudica el inmueble es el banco ejecutante, que es el que ha incluido en la escritura la cláusula abusiva. Si la finca se la adjudica un tercero de buena fe (bien porque se la haya adjudicado directamente en la subasta o bien porque se le haya cedido el remate) y el juez aprecia *ex officio* la abusividad de una cláusula que provoca el sobreseimiento de la ejecución en un momento procesal, posterior a la adjudicación, que la LEC no dispone, se perjudicaría gravemente al tercero que verá como queda resuelta su adquisición sin que pudiera conocer que existía la posibilidad de que en ese estado del procedimiento el juez declarase abusiva una cláusula del préstamo hipotecario suscrito entre el banco ejecutante y el consumidor que tuviera tales consecuencias.

Sea como fuere, desde la STJUE de 26 de enero de 2015 Banco Primus, parece que el único límite a la apreciación por el juez de oficio de cláusulas abusivas en “cualquier fase del procedimiento” es la existencia de un pronunciamiento anterior del juez competente sobre la legalidad del conjunto de cláusulas, lo que en este pleito, y muchos otros, no acontece. **Empero, cuando se resolvió esta cuestión prejudicial no se planteó que la apreciación de oficio por el juez una vez precluidos los actos procesales legales para hacerlo pudiera suponer una fractura de la seguridad jurídica por infracción de los derechos de terceros que adquieren de buena fe el inmueble. Por eso, estimamos, que la apreciación de oficio por el juez, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, de una cláusula abusiva sobre la que no se había pronunciado también debe quedar limitada, a parte de por la cosa juzgada, en supuestos que se perjudiquen gravemente derechos de terceros adquirentes. Así, debe diferenciarse unos límites temporales a la apreciación de oficio dependiendo de si el sujeto que se adjudica el inmueble es el banco ejecutante o un tercero. Consecuentemente, creemos que si es el banco ejecutante quien se adjudica el inmueble el juez de oficio podrá declarar abusiva una cláusula sobre la que no se había pronunciado anteriormente, aunque hayan precluido los actos procesales para hacerlo, hasta el “fin” del procedimiento de ejecución hipotecaria, que culmina con la toma de posesión del inmueble por el ejecutante (art. 675 LEC), pues es el banco el que dispuso la cláusula abusiva en el contrato y debe correr con el riesgo de ver sobreseído el procedimiento de ejecución de la garantía hasta su culminación. En cambio, si es un tercero quien se adjudica el inmueble, bien por adquirirlo en subasta o porque el ejecutante le cedió el remate (art. 647.3 LEC), el límite temporal para que el juez aprecie de oficio la abusividad de una cláusula sobre la que no se había pronunciado debe ser el momento en que se dicta el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC), que comprende la**



resolución por la que se aprueba el remate y da fe de que se ha consignado el precio, y además es el momento en que debe entenderse producida la transmisión del inmueble al tercero (vid. STS núm. 414/2015 de 14 julio [RJ 2015\3002]).

En el pleito objeto de comentario todavía no se había dictado el decreto de adjudicación por lo que el perjuicio a tercero es hipotético, no teniendo sentido revocar el auto por este motivo.