

# EL PLAZO EXTRAORDINARIO DE LA OPOSICIÓN FUNDADA EN CLÁUSULAS ABUSIVAS: REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 29 DE OCTUBRE DE 2015\*

ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA

Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Zaragoza

Revista Española de Derecho Europeo 58  
Abril – Junio 2016  
Págs. 143 – 170

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DEL LITIGIO PRINCIPAL. III. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL. IV. DECISIÓN DEL TJUE Y ARGUMENTOS EN QUE SE APOYA. V. REFLEXIONES CRÍTICAS. 1. *Premisa: ¿era necesario formular una cuestión prejudicial en un caso como el planteado?* 2. *La duración del plazo: ¿es conforme con el Derecho de la Unión una norma procesal que fija al consumidor un plazo preclusivo para impugnar posibles cláusulas abusivas?* 3. *El inicio del cómputo. La publicidad a través del BOE como sucedáneo de la notificación personal de la posibilidad de oponerse a la ejecución.* 3.1. *Ejecutado no personado en el proceso.* 3.2. *Ejecutado personado en el proceso.* VI. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA STJUE DE 29 DE OCTUBRE DE 2015. 1. *Efectos sobre los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que (todavía) se encuentren en curso.* 2. *Efectos sobre los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que ya hayan finalizado.* 3. *Posible traslación de la doctrina contenida en esta sentencia a supuestos (aparentemente) análogos: la disp. transitoria 4ª del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.*

\* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación «Obstáculos y restricciones del acceso a la justicia y de la solución jurídica de los conflictos» (DER2013-44385-R), del Ministerio de Economía y Competitividad, que dirige el Profesor Juan F. Herrero Perezagua.

**RESUMEN:** En el presente trabajo se examina desde una perspectiva crítica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14), que enjuicia la conformidad de la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social con la Directiva 93/13/CEE. Dicha disposición, aplicable a los procedimientos en curso en los que ya había finalizado (o simplemente comenzado) el plazo para oponerse a la ejecución, reconoció a los ejecutados en tales procedimientos la posibilidad de plantear en el plazo de un mes un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas. El Tribunal comunitario entiende que el sistema de cómputo del indicado plazo, contado desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y sin necesidad de una notificación *ad hoc* al ejecutado, se opone al Derecho de la Unión, en la medida en que existe un elevado riesgo de que ese plazo expire sin que el consumidor pueda ejercitar de forma efectiva sus derechos.

**PALABRAS CLAVE:** Directiva 93/13/CEE; contrato de préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; procedimiento de ejecución; incidente de oposición; plazos preclusivos.

**ABSTRACT:** This article provides a critical analysis of the Judgment of European Court of Justice 29 October 2015 (case C-8/14), which evaluates the conformity of Fourth Transitional Provision of Act 1/2013 of 14 May (measures to strengthen the protection to mortgagors, debt restructuring and social rent) with Directive 93/13/CEE. This transitional provision, applicable to proceedings in progress in which the period for lodging an objection to enforcement had already expired (or only started), allowed debtors to submit in a period of one month an extraordinary application objecting to enforcement based on the existence of unfair terms. The European Court of Justice considers that the mechanism chosen to start the period running (from the day following the entry into force of the Act 1/2013 and without an «ad hoc» notification to debtor) is contrary to European Law, given that there is significant risk that the time-limit will expire without the consumer being able effectively to exercise their rights.

**KEYWORDS:** Directive 93/13/EEC; mortgage loan agreement; unfair terms; enforcement proceedings; opposition; time-limits.

Fecha de recepción del original: 10 de enero de 2016

Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2016

## I. INTRODUCCIÓN

La STJUE de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14) resuelve una cuestión prejudicial que viene a engrosar la lista de las ya formuladas contra la regulación del proceso español de ejecución hipotecaria, todas ellas dirigidas a discutir la conformidad de dicha regulación con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Este pronunciamiento constituye el epílogo –al menos de momento– de la línea jurisprudencial iniciada por la conocida Sentencia de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), con la que se dio respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Aquella primera sentencia produjo, como es notorio, un impacto considerable en la configuración de nuestro sistema de ejecución forzosa. De ello dan fe las innumerables glosas y comentarios de la «Sentencia Aziz» que pueblan los repertorios de publicaciones científicas, y que hacen innecesarias aquí (por ya sabidas) disquisiciones que vayan más allá de un mero apunte recordatorio.

Como ya sabemos, la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 declaró contraria a la Directiva 93/13/CEE una normativa como la española que, al mismo tiempo

que no preveía, en el marco del proceso de ejecución hipotecaria, la posibilidad de oponer el carácter abusivo de un cláusula contractual que constituyese el fundamento del título ejecutivo, no permitía que el juez que conociera del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adoptara medidas cautelares, en especial la suspensión de la ejecución hipotecaria, cuando tales medidas fueran necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final. En suma, lo que el TJUE consideró contrario al Derecho de la Unión era el callejón sin salida al que abocaba el juego conjunto de los artículos 695 y 698 LEC: en tanto que el primero impedía al deudor denunciar dentro de la ejecución las cláusulas abusivas contenidas en su escritura de hipoteca, por no figurar en el cerrado elenco de motivos de oposición, el segundo le remitía a un proceso declarativo separado que nunca podía surtir el efecto de suspender la actividad ejecutiva ni, por tanto, evitar la pérdida del inmueble. Esta misma doctrina fue reproducida posteriormente por el TJUE en su Auto de 14 de noviembre de 2013 (asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13), a través del cual resolvió sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Catarroja (Valencia) y el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca.

La Sentencia Aziz supuso el punto de arranque de una profunda transformación de nuestro proceso de ejecución hipotecaria, transformación que se procuró acometer a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Aunque esta Ley comenzó a gestarse antes de que la Sentencia del TJUE viera la luz, se aprovechó su tramitación parlamentaria para introducir en el proceso de ejecución (no sólo la hipotecaria, sino también la ordinaria o común) los ajustes requeridos por el Tribunal comunitario.

Pese a que el control de cláusulas abusivas sólo constituyó una parte de su heterogéneo objeto, lo más reseñable de la Ley 1/2013 fue su intento de trasladar al ámbito de la ejecución forzosa las exigencias de protección de los consumidores impuestas por el Derecho comunitario. Ello condujo a alterar el diseño de un proceso que hasta entonces había discurrido de espaldas al Derecho del Consumo y en el que juez, reducido a mero comprobador de formalidades, venía obligado a ignorar las patologías contractuales más severas. El cambio ha sido grande. En poco tiempo, los jueces españoles han visto cómo primero la Corte de Luxemburgo, y luego la Ley 1/2013, les han confiado unos instrumentos de tutela que literalmente han «dado la vuelta» a principios y reglas medulares del proceso civil (principios dispositivo y de aportación de parte, congruencia, cosa juzgada, preclusión). Nuestros juzgadores han tenido que asimilar estas transformaciones, merced a las cuales se han visto a sí mismos –probablemente con mayor claridad y convicción que nunca– como jueces comunitarios, encargados de velar por la observancia del Derecho de la Unión y, llegado el caso, de asegurar su primacía sobre la legislación nacional.

Esa adaptación de la ejecución forzosa a las necesidades de tutela del consumidor se ha materializado, como sabemos, erigiendo una doble barrera de protección frente a las cláusulas abusivas que pudiera contener el título: el sistema pivota sobre

un control de oficio<sup>1</sup>, que el juez está llamado a practicar con carácter previo al despacho de ejecución (artículo 552.1.II LEC); y otro a instancia del ejecutado, que opera una vez iniciada aquélla y se instrumenta mediante la incorporación de una nueva causa a la lista tasada de motivos de oposición (artículos 557.1.7º y 695.1.4ª LEC). A esta nueva causa de oposición se le dio efecto retroactivo como excepción a la regla general de irretroactividad de las normas procesales (artículo 2 LEC), abocando a la reapertura del plazo para formular oposición en los procedimientos pendientes. En efecto, la posibilidad de invocar cláusulas abusivas se declaró expresamente aplicable a los procedimientos que se hallaran en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 aunque en ellos hubiera expirado (o meramente iniciado) el plazo para oponerse a la ejecución, siempre que no hubieran culminado ya con la puesta en posesión del inmueble al adquirente. A tal fin, se habilitó un plazo extraordinario de un mes para oponer posibles cláusulas abusivas, computado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y produciendo de ésta los efectos propios de la notificación al ejecutado (disp. transitoria 4ª, apartados 2º, 3º y 4º de la Ley 1/2013).

Bien pronto, sin embargo, se han puesto de manifiesto las dificultades hermenéuticas y aplicativas de la Ley 1/2013. Su adecuación al Derecho Comunitario ha sido fuente de nuevas polémicas que han convertido la ejecución hipotecaria, una vez más, en un terreno sembrado de incertidumbres. A este respecto es revelador que, durante su breve andadura, la Ley 1/2013 haya dado lugar a un recurso<sup>2</sup> y una cuestión de inconstitucionalidad<sup>3</sup>, así como a una nueva andanada de cuestiones

1. La incorporación de este control de oficio a nuestro ordenamiento procesal no es sino la respuesta tardía del legislador español a una doctrina largamente mantenida por el TJUE. En efecto, el deber del juez de apreciar por sí la existencia de cláusulas abusivas tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello viene siendo proclamado por la jurisprudencia comunitaria desde hace años, mucho antes del «revulsivo» representado por la sentencia del caso *Aziz* (STJUE de 14 de marzo de 2013). Ya la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso *Océano*), en su apartado 26, declaró que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas», ya que a juicio del Tribunal de Luxemburgo «existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula». Esta idea es recalca y desarrollada en pronunciamientos posteriores, como son las SSTJCE de 21 de noviembre de 2002 (caso *Cofidis*), 26 de octubre de 2006 (caso *Mostaza Claro*), 4 de junio de 2009 (caso *Pannon*) y 6 de octubre de 2009 (caso *Asturcom*), así como las SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 (Caso *VB Pénzügyi Lízing*) y 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*).
2. Se trata del recurso de inconstitucionalidad núm. 4985-2013, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y admitido a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de 24 de septiembre de 2013 (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 2013).
3. Dicha cuestión fue elevada al TC por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés mediante auto de 14 de noviembre de 2013. No obstante, esta cuestión ha sido inadmitida a

prejudiciales ante el TJUE<sup>4</sup>. Algunas de ellas, ya resueltas, han derivado en nuevos «toques de atención» al legislador español<sup>5</sup>.

En este complejo marco se inscribe la cuestión resuelta por la reciente Sentencia de 29 de octubre de 2015. En ella se declara contraria a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE la ya citada disp. transitoria 4<sup>a</sup> de la Ley 1/2013, aplicable a los procedimientos en curso a la entrada en vigor de aquella Ley, en cuya virtud se reconocía al ejecutado para quien ya había precluido o iba a precluir el plazo para oponerse la posibilidad de plantear un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas. Al estudio de esta sentencia se dedicarán las siguientes páginas, en las que se expondrán los antecedentes del litigio del que emana la cuestión prejudicial, las conclusiones del Abogado General y la decisión del TJUE, con los argumentos en que se apoya. Concluida esta labor, en la última parte del trabajo se realizarán algunas reflexiones críticas sobre el pronunciamiento del Tribunal comunitario y se procurará dilucidar las consecuencias prácticas que pueden derivarse de él.

## II. ANTECEDENTES DEL LITIGIO PRINCIPAL

La cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 29 de octubre de 2015 dimana de los siguientes hechos: el BBVA instó un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Martorell. El procedimiento se dirigía contra tres ejecutados y a través de él se pretendía la realización de la garantía constituida sobre una plaza de aparcamiento y un trastero. La ejecución se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y seguía pendiente en la referida fecha.

---

trámite mediante ATC 70/2014, de 10 de marzo de 2014 (RTC 2014, 70), por no cumplirse en el caso planteado el denominado juicio de relevancia.

4. Nos referimos a la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marchena (Sevilla) mediante auto de 16 de agosto de 2013 y registrada por el TJUE con el número C-482/13; la promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander por auto de 19 de noviembre de 2013 y registrada con el número C-602/13; la presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Ávila el 11 de febrero de 2014 y registrada con el número C-75/14; y la formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Miranda de Ebro (Burgos) mediante auto de 17 de febrero de 2014 y registrada con el número C-90/14.
5. Es el caso de la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), relativa al recálculo de los intereses moratorios al triple del interés legal establecido en la disp. transitoria 2<sup>a</sup> de la Ley 1/2013; los Autos del TJUE de 11 de junio y 8 de julio de 2015 (asuntos C-602/13 y C-90/14, respectivamente), relativos a esta misma disposición y al límite de las tres cuotas insatisfechas para declarar el vencimiento anticipado previsto en el artículo 693 LEC; y la STJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14), relativa al régimen de recursos frente al auto resolutorio de la oposición a la ejecución hipotecaria contenido en el artículo 695.4 LEC.

El 17 de junio de 2013 (según el relato ofrecido por sala enjuiciadora del TJUE, «una vez expirado el plazo de un mes» previsto en la disp. transitoria 4<sup>a</sup>) los ejecutados formularon incidente extraordinario de oposición a la ejecución. En su escrito alegaron que el señalamiento de un plazo preclusivo para denunciar posibles cláusulas abusivas no resultaba conforme con la Directiva 93/13/CEE, invocando en apoyo de su postura la sentencia dictada por el Tribunal Comunitario en el caso Cofidis (STJCE de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00). Afirmaban que, en cualquier caso, el plazo de un mes era notoriamente corto y el elevado número de afectados hacía que los profesionales jurídicos se hubieran visto desbordados para atender todas las situaciones que se les planteaban. Asimismo, puesto que el citado plazo preclusivo comenzaba a correr a partir de la comunicación realizada mediante la publicación de la Ley y no de forma individualizada, el acceso de los consumidores a la justicia resultaba muy difícil, incluso en el caso de que dispusieran de asistencia jurídica.

Así las cosas, el Juzgado decidió, mediante auto de 28 de octubre de 2013, formalizar la correspondiente cuestión prejudicial y suspender el curso del procedimiento principal. En dicho auto, el órgano remitente preguntaba al TJUE si el plazo de un mes establecido en la disposición transitoria controvertida se oponía al sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

### III. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Para entender debidamente el fallo recaído en la presente cuestión prejudicial, resulta imprescindible exponer previamente las conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar presentadas el 13 de mayo de 2015, donde se desarrollan de forma pormenorizada los argumentos que posteriormente haría suyos el Tribunal comunitario.

El Abogado General adopta como punto de partida el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, en cuya virtud la ordenación de los procesos que se desarrollan ante las respectivas jurisdicciones nacionales es cuestión reservada al ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Sin embargo, recuerda el Abogado que este principio está limitado, a su vez, por otros dos: el principio de equivalencia, en cuya virtud la normativa procesal cuestionada no puede dar un trato menos favorable a las pretensiones fundadas en Derecho comunitario que a las basadas en el Derecho interno; y el principio de efectividad, según el cual la regulación procesal nacional no ha de imposibilitar en la práctica o dificultar en exceso el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el Derecho de la Unión. Desmenuzando la jurisprudencia comunitaria que ha ido perfilando este último principio, el Abogado General considera que el mismo ha de ponderarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa la disposición cuestionada dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, deben tomarse en consideración los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.

Asimismo el Abogado General centra su atención en otro extremo, que a su juicio constituye un elemento interpretativo especialmente útil para poder entrar en el fondo de la cuestión prejudicial, como es la jurisprudencia del TJUE en materia de plazos. A este respecto, recuerda que el Tribunal comunitario ha reconocido la compatibilidad con el Derecho de la Unión del establecimiento de plazos de recurso *razonables*. Según el TJUE, corresponde a los Estados miembros determinar estos plazos teniendo en cuenta, en particular, la importancia que tengan para los interesados las decisiones que hayan de adoptarse, la complejidad de los procedimientos y la legislación que deba aplicarse, el número de personas a las que puedan afectar y los demás intereses públicos o privados que deban considerarse. Además, el plazo que se establezca ha de ser *materialmente suficiente* para la preparación e interposición un recurso efectivo.

Tras estas consideraciones iniciales, y enfocando el problema desde los principios de equivalencia y efectividad, el análisis del Abogado General se desdobra en dos aspectos esenciales: la duración del plazo previsto en la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013; y el inicio de su cómputo, fijado en el día siguiente al de la publicación de dicha Ley en el BOE.

En lo que respecta a la duración, el Abogado General opina que el plazo procesal de un mes es suficiente para plantear oposición a la ejecución hipotecaria. Recuerda que el TJUE ha admitido con frecuencia plazos más breves (de catorce y de quince días), por lo cual la duración de un mes es irreprochable desde el punto de vista de los principios de equivalencia y efectividad.

Diverso parecer le merece, sin embargo, el punto de partida del plazo. Según la disp. transitoria 4ª el plazo para invocar la existencia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución en trámite comienza a correr a partir del día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013; dicha entrada en vigor se produce el mismo día de su publicación en el BOE; y a tal publicación se le atribuye el carácter de «comunicación plena y válida» a los efectos de notificación y cómputo del referido plazo, «no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto». Es decir, el legislador equipara la publicación de la Ley 1/2013 en el BOE a una notificación de carácter procesal que, al parecer, hace innecesaria la notificación individualizada a sus destinatarios. Es precisamente esta cuestión la que, a juicio del Abogado General, pone en entredicho los principios de equivalencia y efectividad.

Centrándose en este último principio, considera que el plazo controvertido imposibilitó o dificultó en exceso el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13/CEE. Argumenta que en el Derecho Procesal español no es corriente que un plazo procesal comience a correr a partir de la fecha de publicación en el BOE. Por el contrario, lo normal es que los plazos corran desde que se reciben las distintas notificaciones que remite el tribunal competente, lo que garantiza que los justiciables o sus representantes legales dispongan plenamente del plazo para preparar su defensa. A este respecto, entiende el Abogado General que el régimen establecido por la disp. transitoria 4ª no garantiza la *plena disponibilidad del plazo*, que depende del efectivo conocimiento por los interesados de dicha disposición transitoria. A

resultas de ello, puede suceder que una gran parte del plazo, cuando no todo como en el litigio principal, transcurra sin que los consumidores hayan podido procurarse un asesoramiento eficaz ni ejercitar las acciones necesarias para la salvaguardia de sus derechos.

A lo anterior se suman otros factores. La situación de precariedad económica en la que se encuentra el deudor hipotecario, la dificultad de oponerse a la ejecución y el coste del proceso juegan en contra de los consumidores, que renuncian normalmente a personarse en el procedimiento. En semejante contexto, el Abogado General considera innegable que los consumidores afectados corrían un riesgo muy significativo de no poder formular oposición a la ejecución hipotecaria. Ese riesgo se debe bien a los costes potencialmente disuasorios de la oposición, derivados de la necesidad de contar con abogado y procurador, bien al desconocimiento de los consumidores acerca de sus derechos, por no tener noticia de la publicación de la Ley 1/2013. En suma, resulta vulnerado el principio de efectividad ante la imposibilidad de los consumidores de determinar el plazo para oponerse con un grado de certidumbre razonable.

A modo de colofón, y para calibrar la razonabilidad del plazo establecido en este caso por nuestra legislación nacional, el Abogado General examina uno por uno los parámetros (ya mencionados *supra*) que utiliza el TJUE para ponderar este extremo: en cuanto a la «importancia que tengan para los interesados las decisiones que hayan de adoptarse», ésta es evidentemente elevada, por cuanto la ejecución hipotecaria puede desembocar en la pérdida irreversible del inmueble; y, en cuanto al «número de personas que puedan resultar afectadas», los datos estadísticos disponibles revelan que, en la fecha en que entró en vigor la Ley 1/2013, las ejecuciones hipotecarias pendientes eran cientos de miles.

Concluye el Abogado General afirmando que es esencial que se informe personalmente a los consumidores del plazo de que disponen para procurarse asesoramiento eficaz y ejercitar las acciones necesarias para la defensa de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13/CEE. A su juicio, en el ámbito de la protección de los consumidores la regla *ignorantia iuris nocet* no puede aplicarse o, al menos, sólo admite una aplicación matizada. Por ello, debería subsanarse la falta de notificación a los ejecutados por el mismo expediente utilizado en Derecho nacional para comunicarles la existencia de la ejecución, notificando de forma individualizada la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición en el plazo de un mes desde dicha notificación.

#### IV. DECISIÓN DEL TJUE Y ARGUMENTOS EN QUE SE APOYA

En su Sentencia de 29 de octubre de 2015, el TJUE asume sustancialmente el planteamiento del Abogado General. Comienza con sus acostumbradas consideraciones introductorias, en las cuales recuerda que el sistema de protección instaurado por la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. De ahí que los Estados miembros deban garantizar que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores (artículo 6.1 de la Directiva),

disposición que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes (apartados 17 y 18).

Seguidamente, el Tribunal comunitario entra en el fondo de la cuestión planteada. Al igual que el Abogado General, considera que el plazo de un mes previsto en la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 no plantea problemas en cuanto a su duración, sino que parece razonable y proporcionado habida cuenta de los derechos e intereses de que se trata (apartado 31). Sin embargo, y coincidiendo nuevamente con el Abogado General, el TJUE entiende que el mecanismo previsto por el legislador español para determinar el inicio del cómputo sí vulnera el Derecho de la Unión. Señala que, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución promovido en su contra, los consumidores afectados fueron notificados de forma individual de que tenían la posibilidad de oponerse a la ejecución en el plazo de diez días desde la notificación. Sin embargo, esta notificación, anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, no contenía información acerca del derecho a formular oposición con base en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución, ya que esta posibilidad sólo se contempló tras ser introducida mediante la Ley 1/2013 (apartados 36 y 37).

En las circunstancias descritas, el Tribunal considera que a la luz de los principios del derecho de defensa, seguridad jurídica y protección de la confianza mutua, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de plantear un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial. De ahí se sigue que una disposición como la controvertida, en la medida en que ordena el inicio del plazo para alegar la nueva causa de oposición sin necesidad de notificárselo personalmente a los afectados, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa. El TJUE advierte un riesgo elevado de que el plazo discutido expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos (apartados 38 a 40). Por todo ello, concluye que la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 resulta contraria al principio de efectividad.

## V. REFLEXIONES CRÍTICAS

Las reflexiones que suscita la lectura de la STJUE de 29 de octubre de 2015 (así como las conclusiones del Abogado General que le sirvieron de avanzadilla) deben desenvolverse en los dos planos a los que repetidamente se ha hecho referencia: por un parte, la duración del plazo previsto para entablar el incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas; y, por otro, el mecanismo para determinar el *dies a quo* de dicho plazo, a propósito del cual habremos de examinar la procedencia de sustituir la notificación singularizada de la posibilidad de oponerse por una comunicación general vía Boletín Oficial del Estado. No obstante, con carácter previo me parece conveniente despejar la siguiente incógnita: en el procedimiento de ejecución hipotecaria del que dimana esta cuestión prejudicial,

¿la expiración del plazo preclusivo de un mes previsto en la disp. transitoria 4ª era realmente un óbice para que el juez entrase a valorar la abusividad de las cláusulas contractuales que fundamentaran la ejecución o determinaran su cuantía? O, en términos más sencillos, ¿para tutelar al consumidor frente a posibles abusos contractuales, el juez necesitaba realmente plantear esta cuestión prejudicial?

#### 1. PREMISA: ¿ERA NECESARIO FORMULAR UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN UN CASO COMO EL PLANTEADO?

A mi juicio, resulta un tanto extraño que en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Martorell, del cual trae causa la STJUE de 29 de octubre de 2015, el órgano judicial no haya encontrado más salida para tutelar a los consumidores frente a posibles cláusulas abusivas que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal comunitario. Esta extrañeza se debe no sólo al curioso cómputo de los plazos procesales efectuado por el órgano remitente para entender presentado fuera de plazo el escrito de oposición<sup>6</sup>, sino sobre todo a la cuestión que seguidamente expondré.

Ya sabemos que el primer encargado de vigilar la posible existencia de cláusulas contractuales abusivas es el propio juez, que tiene el deber de apreciarlas de oficio como ahora, de modo expreso, dispone el artículo 552.1.II LEC. Aunque este precepto sitúa el mencionado control de oficio al inicio de la ejecución, cuando procede acordar o denegar su despacho, es evidente que el juez puede practicar ese control de forma sobrevenida, cuando detecte la abusividad en momentos ulteriores del proceso<sup>7</sup>. Los argumentos para sustentar esta tesis son variados: en

6. En efecto, el plazo de un mes previsto en la disp. transitoria 4ª comenzaba a correr desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013. Ésta entró en vigor el mismo día de su publicación, esto es, el 15 de mayo de 2013, lo que situaba el *dies a quo* en el 16 de mayo. Puesto que los plazos señalados por meses se computan de fecha a fecha (artículo 133.3 LEC), el día del vencimiento sería el 16 de junio que, al ser inhábil (domingo), quedaría prorrogado hasta el siguiente día hábil (artículo 133.4 LEC), esto es, hasta el lunes 17 de junio de 2013, precisamente la fecha en la que, según el relato ofrecido tanto por el Abogado General como por el TJUE, se formuló el incidente extraordinario. Por tanto, parece que el escrito de oposición se presentó tempestivamente, y aún se hubiera podido presentar más tarde (hasta las quince horas del 18 de junio) por aplicación del día de gracia previsto en el artículo 135.5 LEC.

7. Así lo entiende CARRASCO PERERA, A., «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, p. 64 (accesible en [www.revista.uclm.es/index.php/cesco](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco)), por estimarlo acorde con «la propia lógica de las competencias judiciales de apreciación de oficio». Asimismo, son partidarios de este control de oficio posterior DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, 2013, pp. 8 y 9, basándose en la consideración de las normas de protección de los consumidores como integrantes del orden público. En sentido similar, *vid.* MADRID RODRÍGUEZ, F., «Nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del

primer lugar, el legislador ha optado por asimilar en buena medida el tratamiento de las cláusulas abusivas al de los genuinos presupuestos procesales, al imponer su control de oficio por el órgano judicial y supeditar a este control la admisión de la demanda ejecutiva. Siendo así, la misma lógica ha de permitir al juez apreciar la abusividad en cualquier estado del procedimiento en el caso de que le hubiera pasado inicialmente inadvertida, como también sucede con los presupuestos procesales (*vid.*, a modo de ejemplo, los artículos 9, 38 y 48.1 LECiv). En segundo lugar, si el legislador hubiera querido excluir dicho control sobrevenido lo habría dicho expresamente como hace en otros supuestos (*vid.* por ejemplo el artículo 546.2 LECiv, en cuya virtud el tribunal no puede revisar de oficio su competencia territorial una vez que la ejecución ya ha sido despachada).

En definitiva considero que en el caso que da origen a esta cuestión prejudicial, si realmente se habían detectado en la escritura de hipoteca cláusulas «sospechosas», el juez disponía de alternativas más rápidas para apreciar su abusividad que aguardar el parecer del Tribunal comunitario sobre la disp. transitoria 4ª y mantener el procedimiento suspendido durante dos años. Lo más lógico, a mi juicio, hubiese sido obviar el planteamiento extemporáneo del incidente de oposición y examinar de oficio las cláusulas supuestamente abusivas, previa audiencia de las partes en los términos previstos en el artículo 552.1.II LEC. Este control de oficio sobrevenido ha venido siendo habitual en los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor la Ley 1/2013, dada la imposibilidad de practicarlo *in limine litis* ante la originaria falta de previsión de esta facultad judicial.

## 2. LA DURACIÓN DEL PLAZO: ¿ES CONFORME CON EL DERECHO DE LA UNIÓN UNA NORMA PROCESAL QUE FIJA AL CONSUMIDOR UN PLAZO PRECLUSIVO PARA IMPUGNAR POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Como se ha dicho anteriormente, la duración del plazo señalado en la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 para oponer posibles cláusulas abusivas en los procedimientos ya iniciados a su entrada en vigor (un mes), es considerada razonable y suficiente para la interposición de un «recurso efectivo» (entendiendo el término «recurso» en sentido amplio, como sinónimo de medio de impugnación). Así lo entienden tanto el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, como la Sala Primera del TJUE. Sin embargo, ambos soslayan el principal argumento del que se sirvieron los ejecutados para cuestionar la compatibilidad del citado plazo con el Derecho comunitario, a saber: la STJCE de 21 de noviembre de 2002 (caso *Cofidis*), que declaró que la protección de la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa interna que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o por vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva inserta en un contrato. Creo que esta sentencia, que no figura siquiera mencionada en la fundamentación de la que ahora se comenta, a pesar de su clara relación con el caso, merece algunas consideraciones.

---

Tribunal Europeo de Justicia (II): aspectos procesales», en *Actualidad Civil*, 3 de junio de 2013, p. 11 de la edición electrónica.

La sentencia del caso Cofidis también aparece invocada en el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 1/2013, actualmente pendiente de decisión, en el que uno de los preceptos impugnados es precisamente la disp. transitoria 4ª de la citada Ley. Los promoventes del recurso consideran que la fijación de un plazo para formular oposición fundada en cláusulas abusivas constituye «una grave carga procesal con la finalidad evidente de convalidar aquellas cláusulas que no hayan sido denunciadas en el minúsculo plazo de un mes, con el consiguiente perjuicio para el consumidor, que puede verse perjudicado por el "riesgo no desdeñable de que (el consumidor) ignore sus derechos" o que "los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos"».

No puede compartirse la tesis expuesta, que a mi juicio parte de una lectura sesgada de la sentencia del caso Cofidis. El fallo de esta sentencia no puede tomarse de forma aislada, sino que hay que ponerlo en relación con el litigio concreto del que arrancó la correspondiente cuestión prejudicial: contrato de apertura de línea de crédito celebrado entre la citada entidad y el Sr. Fredout el 26 de enero de 1998; ante el impago de los vencimientos, el 24 de agosto de 2000 se interpone demanda contra el deudor; a la vista de la oferta de crédito, el tribunal considera que ciertas cláusulas financieras (las relativas al tipo de interés y cláusula penal) resultan abusivas; sin embargo, dicho tribunal tropieza con el escollo de un precepto del *Code de la Consommation*, que establece un plazo de dos años para entablar la acción de nulidad contados a partir del hecho que la haya originado, plazo que ya había transcurrido en el caso relatado y que motiva el planteamiento de la cuestión prejudicial. Como vemos, la hipótesis de la que parte esta sentencia tiene, en realidad, poco que ver con nuestro objeto de estudio: a pesar de la terminología utilizada por el Tribunal comunitario, que habla en reiteradas ocasiones de «plazo de preclusión», en realidad no se trataba de un plazo señalado en una norma procesal para efectuar, dentro de un proceso ya comenzado, un concreto trámite o actuación, sino de un plazo de prescripción o caducidad para entablar una determinada acción de nulidad contractual, pasado el cual ésta se extingue definitivamente y ya no puede ser ejercitada. Esto fue lo que el Tribunal de Luxemburgo estimó contrario al Derecho comunitario, pues al prestamista profesional «le basta con esperar la expiración del referido plazo para ejercitar la acción de pago, privando así al consumidor de la protección instituida por la Directiva» (apartado 29). Obsérvese que, en el caso Cofidis, cuando se interpuso la demanda en reclamación del crédito, el demandado ya había perdido (conforme a su legislación nacional) la posibilidad de oponer la nulidad: cuando el proceso comenzó y el consumidor tomó conocimiento de la acción entablada contra él, ya era demasiado tarde para combatir las cláusulas abusivas que viciaban el contrato. Como vemos, esta situación dista notablemente de la del deudor hipotecario que, una vez incoado el procedimiento y tras notificársele la resolución que le da comienzo, deja transcurrir el plazo para oponerse a la ejecución.

Entiendo que, dada la ausencia de analogía entre el supuesto resuelto por el TJUE y el que aquí se analiza, no cabe aplicar la doctrina recogida en la Sentencia Cofidis. El plazo previsto en nuestra legislación procesal para oponerse a la ejecución es un plazo

de carácter procesal que se establece para llevar a cabo un determinado trámite, no un plazo de prescripción o caducidad por cuyo transcurso perezca la acción. En efecto, el agotamiento del referido plazo no extingue la acción de nulidad de las cláusulas supuestamente abusivas: esta acción, como toda acción fundada en nulidad absoluta, es imprescriptible y se mantiene la posibilidad de ejercitarla al margen de la ejecución, en el correspondiente juicio declarativo<sup>8</sup>. En contra de lo que consideraron los promoventes

8. Esta solución es congruente con la naturaleza sumaria del incidente de oposición a la ejecución y la consiguiente ausencia de cosa juzgada del auto que lo resuelve, que en mi opinión dejan expedito el camino para revisar la validez o nulidad de las cláusulas presuntamente abusivas en el correspondiente proceso declarativo. Sin embargo, no hay que olvidar la conocida interpretación jurisprudencial en virtud de la cual el mencionado auto produciría una cosa juzgada parcial, circunscrita a aquellas excepciones que se alegaron o pudieron alegarse en el trámite de oposición. Según esta interpretación, los motivos previstos como causa de oposición que no se adujeron por este cauce o que, aducidos, fueron desestimados por el juez ejecutor se considerarían definitivamente zanjados y no podrían invocarse en un posterior proceso declarativo. Esta doctrina, surgida durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil en interpretación de su artículo 1479, ha sido revalidada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5985), a la que poco después se sumó, en idéntico sentido, la de 12 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 53). Conviene subrayar que en los supuestos que dieron lugar a estas sentencias ninguno de los ejecutados tenía la condición de consumidor. De ahí que sea dudosa (como después intentaré justificar) la aplicabilidad de esta doctrina cuando el declarativo posterior se funde en la nulidad total o parcial del título por contener cláusulas abusivas.

No es esta la sede apropiada para reproducir argumentos formulados ya en otros lugares contra una doctrina que considero desacertada (a este respecto, *vid.* LAFUENTE TORRALBA, A. J., «La tutela del ejecutado a través del proceso declarativo del artículo 564 LEC», en *Diario La Ley*, núm. 6952, 2008; y, más recientemente, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Efectos del pronunciamiento sobre cláusulas abusivas obtenido en el incidente de oposición a la ejecución forzosa: cosa juzgada y posibilidad de extensión a consumidores que no han sido parte», en *Intereses colectivos y legitimación activa* [Dir.: CARBONELL PORRAS], Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 551 a 557). Baste decir que no parece razonable que un instrumento establecido en beneficio del ejecutado, para procurarle una tutela *in extremis* frente a los casos más graves de ilicitud de la ejecución, se acabe convirtiendo en un perjuicio para aquél, al compelerle a ejercitar en pocos días y precipitadamente (bajo pena de preclusión) derechos sometidos a plazos de prescripción mucho más amplios. El incidente de oposición no suple, sino que complementa la tutela ordinaria dispensada a través del proceso declarativo: añade un plus a esa tutela, no la sustituye. Un remedio excepcional o de urgencia no puede reemplazar en ningún caso al medio normal de definición de los derechos subjetivos, que es el proceso de declaración.

Por otra parte, aunque la citada doctrina pudiera ser asumible con carácter general, es dudoso que la misma sea respetuosa con el principio de efectividad cuando la parte ejecutada sea un consumidor. Es discutible que en estos casos opere la regla de preclusión del artículo 400 LEC y, en consecuencia, deba impedirse al consumidor que no instó el incidente de oposición impugnar las cláusulas contractuales en un ulterior proceso plenario. Esto sería tanto como dejar el medio de tutela de que deba servirse el adherente consumidor a la voluntad del predisponente: si éste no insta la ejecución, el consumidor podrá ejercitar la acción de nulidad de cláusulas abusivas sin sujeción a plazo, por ser aquella imprescriptible; en cambio, si el predisponente opta por ejecutar, el consumidor se verá constreñido a denunciar esas mismas cláusulas en el angosto plazo de diez días y, además, deberá lidiar con las premuras

procedimentales y las limitaciones probatorias propias del incidente de oposición. Este planteamiento, a mi juicio, no resulta acertado: no ha de ser el predisponente de un pacto abusivo quien determine a su arbitrio las posibilidades defensivas del adherente y no ha de ser él quien unilateralmente, por su mera decisión de instar la ejecución, le cierre a su contraparte la posibilidad de discutir la validez del título en un proceso de cognición plena.

Además de lo dicho, debe tenerse en cuenta que hay determinadas solicitudes de tutela fundadas en el carácter abusivo de la cláusula que no pueden cabalmente, y salvo interpretaciones forzadas, sustanciarse a través del incidente de oposición. Ciertamente, a través del incidente se puede solicitar que el juez determine ese carácter abusivo y, en consecuencia, sobresea la ejecución (si la cláusula fue fundamento de ésta) o reduzca el importe reclamado (si únicamente afectaba a la cuantía). Lo que no puede hacer el consumidor es, por ejemplo, solicitar en su escrito de oposición que se le reintegren las cantidades que pagó antes de la ejecución forzosa en aplicación de la cláusula nula o que se le resarzan los daños y perjuicios que ésta le haya irrogado. Para esto último, el consumidor no tendrá más remedio que iniciar un proceso declarativo autónomo, al margen de la ejecución. Si aplicamos estrictamente la doctrina del Tribunal Supremo en este caso, ¿cómo habrá de procederse? ¿El consumidor tendrá que seguir las dos vías, el incidente de oposición para denunciar la abusividad y el juicio declarativo para solicitar el reintegro y/o la indemnización? ¿Cómo afectará en ese caso la tramitación del incidente al proceso declarativo? ¿Este deberá suspenderse por prejudicialidad civil en tanto el juez ejecutor examina la validez de la cláusula? ¿Es razonable suspender un proceso de cognición plena a la espera de lo que se decida en un incidente de carácter sumario? Como vemos, la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos preclusivos y de cosa juzgada del auto resolutorio de la oposición –o, más precisamente, su aplicación a la oposición fundada en cláusulas abusivas– origina inconvenientes y problemas difícilmente resolubles.

Finalmente, la aplicación de la citada doctrina a las demandas de nulidad de cláusulas abusivas que no fueron denunciadas en el trámite de oposición a la ejecución sería contraria a ciertos pronunciamientos del TJUE recaídos en supuestos similares. A este respecto, cabe observar un paralelismo entre el supuesto que aquí se aborda y el enjuiciado por la STJCE de 26 de octubre de 2006 (asunto C-186/05). En dicha sentencia el Tribunal comunitario examina la posibilidad de que una consumidora, que no alegó el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje en el procedimiento arbitral, invoque ese carácter abusivo como base de la ulterior acción de impugnación contra el laudo finalmente dictado. El Tribunal considera que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, que exige a los Estados miembros garantizar que los consumidores no quedarán vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano judicial que conoce de la acción de impugnación no estuviera facultado para apreciar la nulidad del laudo, debido únicamente a que el consumidor no invocó la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje (apartado 30). De esta forma, la protección del consumidor frente a posibles cláusulas abusivas se sitúa por encima de la regla de preclusión del artículo 6 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud se consideran tácitamente renunciadas las facultades de impugnación del laudo cuando la parte no haga valer tempestivamente, dentro del procedimiento arbitral, la inobservancia de los requisitos relativos al convenio. Trasladando esta solución al supuesto que nos ocupa, no parece que la regla de preclusión del artículo 400 LEC sea un impedimento para que el consumidor entable una demanda fundada en posibles cláusulas abusivas ni para que el juez aprecie la nulidad de éstas, aun cuando el consumidor no las hubiera invocado incidentalmente en el seno de la ejecución. Tal vez cupiera reprochar a la postura que aquí se sostiene el posible favorecimiento de estrategias de dudosa legitimidad por parte del ejecutado, que frecuentemente se ve tentado –sobre todo cuando es su vivienda habitual la que está en juego– de denunciar «a la desesperada» presuntos abusos contractuales en los momentos más «sensibles» de la ejecución

del recurso de inconstitucionalidad, el transcurso del «minúsculo» plazo para formular oposición no permite dar por «convalidadas» las cláusulas abusivas que pudiera incluir el título, sino que su única consecuencia consiste en desplazar fuera de la ejecución el debate sobre la abusividad; además, subsiste la facultad del juez de inaplicar de oficio la cláusula que, debido a la consideración de las normas tuitivas de los consumidores como integrantes del orden público, puede ser ejercitada en cualquier momento del proceso<sup>9</sup>. En definitiva, y en opinión de quien escribe estas líneas, lo último que pretende el TJUE es autorizar al consumidor para saltarse a su antojo el orden de los actos procesales, obligando al órgano ejecutor a tramitar incidentes extemporáneos que pueden trastornar seriamente el desarrollo de la actividad ejecutiva y en los que el riesgo de utilización interesada, cuando no manifiestamente maliciosa, es más que evidente.

### 3. EL INICIO DEL CÓMPUTO. LA PUBLICIDAD A TRAVÉS DEL BOE COMO SUCEDÁNEO DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL DE LA POSIBILIDAD DE Oponerse A LA EJECUCIÓN

Es en este punto, como se expuso *supra*, donde radica el verdadero problema de la controvertida disp. transitoria 4<sup>a</sup>: a juicio del TJUE, siguiendo nuevamente las conclusiones del Abogado General, la apertura de un plazo extraordinario para oponerse

---

hipotecaria (especialmente, en vísperas de la subasta o incluso del acto del lanzamiento) con el claro propósito de lograr una suspensión de última hora. Sin embargo, a mi juicio, este temor es infundado básicamente por dos razones: en primer lugar, la admisión de la demanda del declarativo carece en principio de efectos suspensivos y, por tanto, no tiene por qué afectar al normal desarrollo de la ejecución hipotecaria; en segundo lugar, si se acepta la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución forzosa en concepto de medida cautelar, los presupuestos del artículo 728 LEC (peligro en la demora, apariencia de buen derecho y caución) constituirán un eficaz filtro frente a solicitudes fraudulentas o temerarias. A este respecto, la práctica consistente en retrasar la petición de la suspensión cautelar hasta los trámites postreros del procedimiento ejecutivo hallará un importante escollo en el artículo 728.1.II LEC, que proscribire la adopción de medidas cautelares tendentes a alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo. Igualmente habrá que verificar la proporcionalidad de la medida (artículo 726.2<sup>a</sup> LEC), que difícilmente concurrirá cuando la cláusula cuestionada represente un porcentaje reducido o poco significativo de lo que se reclama.

9. El consumidor puede, por tanto, dirigir un escrito al tribunal para llamar su atención sobre aquellas cláusulas que pudieran resultar abusivas, invitándole a ejercitar su facultad de control de oficio. Esto, sin embargo, no equivale a una suerte de derecho del consumidor a que se inicien y sustancien incidentes de oposición más allá del plazo legal. El consumidor en este caso no está ejercitando ningún derecho a oponerse a la ejecución, pues ese derecho ya ha precluido, sino que únicamente le está ofreciendo al juez la oportunidad, si lo estima procedente, de ejercitar sus facultades de apreciación de oficio. Ese ofrecimiento al que aludimos no significa que el tribunal deba, obligatoriamente, proceder en el modo que señala el artículo 552.1.II LEC, dando traslado a ambas partes por quince días y pronunciándose a continuación sobre la supuesta abusividad. Si la cláusula de que se trate no resulta sospechosa para el juez, si no le genera dudas, podrá rechazar de plano la petición extemporánea del consumidor. La situación, como vemos, no es la misma que si el consumidor se hubiera opuesto en tiempo y forma a la ejecución, pues en este caso el tribunal sí vendría obligado a sustanciar y resolver el correspondiente incidente contradictorio.

a la ejecución con fundamento en las cláusulas abusivas que pudiera contener el título debió notificarse personalmente a los ejecutados, utilizando para ello el mismo cauce por el que se les informó (al inicio del procedimiento) de la posibilidad de formular oposición. La sustitución de esa comunicación individualizada por la publicidad general a través del BOE les impidió la plena disponibilidad del plazo y, con ello, el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario.

Para el examen y valoración crítica de la solución dada a la presente cuestión prejudicial, es preciso distinguir en función de cuál fuera la situación procesal en que se hallaba el ejecutado cuando entró en vigor la Ley 1/2013. A este respecto, las posibilidades son dos: que el ejecutado (como es frecuente en la práctica) no estuviera personado en la ejecución, optando por mantenerse al margen de ella a pesar de haberle sido notificado en legal forma el despacho de la misma; o que estuviera personado en el proceso, habiendo comparecido ya con la representación procesal y la defensa técnica exigidas por el artículo 539.1 LEC.

### 3.1. *Ejecutado no personado en el proceso*

En un principio, el régimen previsto en la disp. transitoria 4<sup>a</sup>, en la medida en que hace depender el inicio del plazo extraordinario para oponerse a la ejecución de la publicación en el BOE y no de la (inexistente) notificación individual a cada uno de los deudores afectados, parece conculcar no sólo el principio de efectividad consagrado por la jurisprudencia comunitaria, sino también la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre las relaciones entre la comunicación edictal y el derecho a no padecer indefensión. A este respecto, es de sobra conocido al papel residual o marginal que dicho Tribunal otorga a la notificación mediante edictos, insertos ya sea en los tablones de anuncios de los juzgados o en los correspondientes boletines oficiales: éstos deben considerarse como la *ultima ratio* y reservarse, en consecuencia, para aquellos casos en que el tribunal, apurando los medios a su alcance, no haya podido localizar al demandado y notificarle personalmente la actuación de que se trate. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que «recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero» (STC 104/2008, de 15 de septiembre [RTC 2008, 104], FJ 2º). Asimismo, el Alto Tribunal ha insistido en la «preeminencia del emplazamiento personal frente al realizado por edictos, de tal modo que esta segunda forma de comunicación, si bien válida constitucionalmente, se concibe en todo caso como un remedio último, al que sólo debe acudir una vez efectuado no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía (...), sino también que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación» (STC 150/2008, de 17 de noviembre [RTC 2008, 150],

FJ 2º). Esta doctrina no parece respetarse en la hipótesis regulada por la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013, toda vez que en ella la puesta en conocimiento a través del BOE no opera como un mecanismo subsidiario de notificación a sujetos desconocidos o en ignorado paradero, sino como mecanismo principal (y exclusivo) para comunicar la apertura del nuevo plazo de oposición a deudores perfectamente identificados (aunque no estén personados) y cuyo domicilio consta ya en las actuaciones.

No obstante, pese a la claridad y contundencia de la doctrina expuesta, considero que su aplicación al objeto de este análisis no resulta justificada. A este respecto, creo que hay dos aspectos que resultan cruciales y que, sin embargo, son totalmente obviados por la STJUE del pasado 29 de octubre.

El primero de ellos es que, en nuestro ordenamiento procesal, no es inusual que la falta de comparecencia del demandado, tras habersele notificado personalmente y con observancia de todas las garantías la existencia del proceso, conduzca a una relajación formal de las comunicaciones ulteriores. Al fin y al cabo, si el demandado, correctamente emplazado e informado de la pendencia del proceso, decide no personarse en él y permanecer en actitud pasiva, no parece lógico «ir a buscarle» nuevamente para cada uno de los sucesivos trámites que deban practicarse: ya sabe que hay un proceso contra él y también sabe o debería saber que, para estar al tanto del devenir de las actuaciones, no tiene más que comparecer en forma ante el órgano judicial. Lo contrario –esto es: reiterar diligencias de notificación personal con quien, sabedor de la existencia del proceso, ha decidido desentenderse de él– puede poner en peligro otro derecho, también de rango constitucional, que es el que proscribe las dilaciones indebidas.

No faltan manifestaciones de lo dicho en nuestro Derecho positivo. Por ejemplo, el artículo 21.5 de la Ley Concursal (que, salvo error mío, no ha suscitado tacha alguna de inconstitucionalidad) establece que, si el deudor no hubiera comparecido, la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE producirá para él los efectos de la notificación. Nótese que ese auto expone al deudor a consecuencias aún más duras que las de una ejecución hipotecaria, por cuanto conduce a la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales, a la liquidación íntegra de sus bienes y, en último término, a la depuración de responsabilidades en una eventual sección de calificación. Asimismo, en el ámbito del proceso declarativo el régimen de notificaciones al demandado rebelde experimenta una notable simplificación: únicamente se le notificará la resolución que lo declara en rebeldía y la sentencia que finalmente se dicte, omitiéndose la notificación de todas las actuaciones intermedias (artículo 497 LEC). Ya en el contexto de la ejecución forzosa, el artículo 553 LEC señala que el auto de despacho de ejecución y el decreto de medidas ejecutivas deben notificarse al ejecutado para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, «entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones»; de lo que se infiere *a sensu contrario* que, mientras no se persone, el tribunal no tiene obligación de notificarle los trámites posteriores, salvo aquellos en que expresamente se disponga<sup>10</sup>. Finalmente, establece

10. Vid. a este respecto JUAN SÁNCHEZ, R., «Artículo 553», en *Proceso civil práctico* (Dir.: GIMENO SENDRA), vol. VII, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 631 y 632, para quien mediante la notificación de estas resoluciones se da la posibilidad al ejecutado de poner fin a la vigencia del

el artículo 645.1 LEC (tras la modificación operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio) que el anuncio de la subasta inserto en el BOE sirve de notificación al ejecutado no personado: también aquí, por tanto, la ausencia del ejecutado, correctamente notificado en su día de la incoación del procedimiento, hace innecesaria la notificación personal de las actuaciones sucesivas, en este caso la convocatoria de la subasta.

A la luz de las consideraciones anteriores, no parece tan descabellado que el legislador prescindiera de la notificación individualizada de la nueva oportunidad de oposición a los ejecutados no personados y considerase suficientes, a tales efectos, los medios generales de publicidad de las leyes. Como antes se dijo, en nuestro Derecho no resulta anómalo dispensar este trato a sujetos que, estando ya enterados del proceso iniciado en su contra, han decidido, por el motivo que sea, no tomar parte en él. Esto resulta relevante desde el punto de vista del principio de efectividad, cuya posible vulneración ha de valorarse (como recuerda con insistencia la jurisprudencia del TJUE) teniendo en cuenta el lugar que ocupa la disposición cuestionada dentro del procedimiento, su desarrollo y sus particularidades ante las diversas instancias nacionales.

Ciertamente, en las conclusiones del Abogado General se procura justificar la frecuente incomparecencia de los deudores en la ejecución hipotecaria invocando su «situación de precariedad económica» y los «costes potencialmente disuasorios de la oposición, derivados de la necesidad de contar con abogado y procurador», todo lo cual vendría a agravar el riesgo de no poder formular oposición. Este análisis, sin embargo, resulta incompleto: no tiene en cuenta que, precisamente, para atajar esas situaciones de precariedad económica los justiciables españoles pueden instar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita e incluso lograr, mientras se tramita su solicitud o se provee a la designación provisional de abogado y procurador, la suspensión del plazo para oponerse a la ejecución (artículo 16.II de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y artículo 134.2 LEC); tampoco tiene en cuenta que esos «costes potencialmente disuasorios de la oposición» se ven paliados tanto por la posibilidad anterior como por nuestro sistema de imposición de costas, que habrá de soportar la entidad ejecutante en el caso de que las cláusulas impugnadas se declaren efectivamente abusivas (artículo 561.2 LEC).

Pero, junto con el anterior, hay un segundo aspecto que tanto el Abogado General como el Tribunal comunitario pasan por alto y que, a mi juicio, merecería ser tomado en consideración: en nuestro ordenamiento jurídico, ningún precepto legal obliga al órgano judicial a emplazar al ejecutado para oponerse a la ejecución, ni siquiera a notificarle la posibilidad de hacerlo<sup>11</sup>, como tampoco hay obligación de informarle de la posibilidad de formular declinatoria (artículo 547 LEC), de iniciar un proceso declarativo para esgrimir las defensas que no tengan cabida en el incidente de oposición (artículo 564 LEC) o de otras facultades de actuación que la ley le concede, como la posibilidad de liberar la vivienda hipotecada consignando antes de

---

principio *inaudita parte debitoris*, pues sólo tras su personación el órgano jurisdiccional estará obligado a comunicarle las ulteriores actuaciones ejecutivas que se lleven a cabo.

11. Vid. JUAN SÁNCHEZ, R., *op. y loc. cit.*

la subasta las cuotas atrasadas (artículo 693.3.II LEC)<sup>12</sup>. Al ejecutado únicamente se le notifican las resoluciones iniciadoras el procedimiento, esto es, el auto de despacho de ejecución y el decreto con las primeras medidas ejecutivas, pero sin citación ni emplazamiento alguno (artículo 553 LEC): no se le «llama» al procedimiento ni se le insta a realizar ninguna actuación, a diferencia de lo que sucede en el juicio declarativo (artículos 404.1 y 438.1 LEC), sino que simplemente se le comunica la existencia de la ejecución forzosa por si desea personarse en cualquier momento<sup>13</sup>.

Lo que parece hacer el TJUE en la sentencia objeto de estas reflexiones es presumir una inexistente obligación legal de emplazar al demandado al inicio del proceso para oponerse a la ejecución y, a partir de ella, deducir la necesidad de repetir ese emplazamiento ante la introducción sobrevenida de una nueva causa de oposición. A mi juicio el acierto de este planteamiento es cuestionable. Como digo no existe tal emplazamiento en la ejecución forzosa: sólo se exige la notificación del auto que ordena el despacho de ejecución y la del decreto que lo complementa y desarrolla, entendiendo el término notificación en el sentido (estricto) que le da el artículo 149.1º LEC, esto es, como acto dirigido meramente a «dar noticia de una resolución o actuación». Ése es propiamente el objeto de una notificación procesal: una resolución o actuación del órgano jurisdiccional que pueda afectar a su destinatario, no una modificación legislativa que pudiera depararle beneficios, como postulan tanto el Abogado General como el Tribunal comunitario. Para dar noticia de la incorporación de nuevas leyes a nuestro ordenamiento y de los derechos que aquéllas reconocen no están las reglas procesales sobre actos de comunicación, sino los cauces ordinarios de publicidad de las normas<sup>14</sup>.

- 
12. Vid. a este respecto MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 715. Ello es lógico, como opina ADAN DOMENECH, ya que cuando no se especifica en la demanda ejecutiva o en la escritura de hipoteca el carácter del inmueble, el órgano judicial puede desconocer inicialmente si el bien hipotecado constituye realmente la vivienda familiar del deudor, por lo que en tales casos difícilmente podrá señalar y notificar la posibilidad de liberación (ADAN DOMENECH, F., «Aspectos problemáticos de la ejecución hipotecaria. Una visión jurisprudencial», en *La ejecución civil: problemas actuales* [Dirs.: CACHÓN CADENAS y PICÓ I JUNOY], Atelier, Barcelona, 2008, p. 278).
  13. Es cierto que, en la práctica, es frecuente que el órgano judicial, en el denominado «pie de recursos» que necesariamente debe figurar al final de sus resoluciones (artículos 208.4 LEC y 248.4 LOPJ), indique que el auto de despacho de ejecución es irrecurrible (artículo 551.4 LEC) y, adicionalmente (aunque no tiene obligación de hacerlo), señale que ello se entiende sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado. Sin embargo, de la inclusión de esta última información, que es accesorio o complementaria de la instrucción de recursos y en absoluto equiparable a un emplazamiento para oponerse, no pueden extraerse las drásticas consecuencias que predica el Tribunal comunitario: se trata a lo sumo de un uso forense, no de una imposición legal. Lo que parece hacer la sentencia aquí comentada es convertir ese uso del foro en algo imperativo y llevarlo más allá, al exigir que se informe también al ejecutado de las eventuales mutaciones que, en el curso del proceso, experimente el régimen legal del incidente de oposición.
  14. En sentido similar se pronuncia LYCZKOWSKA, K., «El plazo establecido por la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 se opone a la normativa comunitaria. ¿La ignorancia de

### 3.2. Ejecutado personado en el proceso

Es preciso ocuparse ahora de la otra situación procesal en que podía hallarse el ejecutado, inversa a la que acaba de analizarse: me refiero al supuesto de que, cuando entró en vigor la Ley 1/2013, aquél se hubiera personado ya en la ejecución en la forma legalmente establecida; o, lo que es lo mismo, que en ese momento el ejecutado se encontrase ya representado por un procurador y defendido por un abogado. Entiendo que en este caso –que parece ser el del procedimiento principal del que emerge la presente cuestión prejudicial<sup>15</sup>– resulta aún más discutible el criterio del Tribunal comunitario que, como ya ha quedado dicho, reputó insuficiente la publicación en el BOE de la Ley 1/2013 a los efectos de informar al consumidor de su derecho a entablar un incidente extraordinario. A juicio del TJUE, dicha publicación no eliminaba la necesidad de una comunicación expresa y singularizada por parte del órgano judicial.

A este respecto, no me parece razonable obligar al tribunal a comunicar a personas técnicas en Derecho la modificación de una norma procesal que aquéllas conocen y utilizan cotidianamente en el ejercicio de su profesión<sup>16</sup>. No tiene sentido obligar al justiciable a rodearse de expertos jurídicos para, a continuación, exonerar a éstos de lo más básico, que es conocer los derechos que asisten a sus patrocinados y vigilar los plazos en que deben ejercitarlos. Si el procurador que representaba en el proceso al deudor hipotecario y el letrado que le asesoraba no conocían la Ley 1/2013 ni las nuevas defensas que la misma otorgaba a los consumidores, no creo que ese desconocimiento pueda imputársele al órgano judicial. La ignorancia del Derecho vigente, de las leyes debidamente promulgadas y publicadas, puede ser excusable en los consumidores como sugiere el Abogado General, pero no en los abogados y procuradores que han de fundamentar en ellas las pretensiones de sus clientes. Si, como confirman las estadísticas judiciales, en la época en que se aprobó la Ley 1/2013 había centenares de miles de ejecuciones hipotecarias en curso, lo sensato no era saturar las oficinas judiciales con una avalancha interminable de diligencias individuales de notificación, sino ser congruentes con la condición de cooperadores

---

las leyes exige a los consumidores de su cumplimiento?», en [www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp](http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp), noviembre de 2015, pp. 3 y 4.

15. Así puede inferirse de los antecedentes del caso expuestos en sus conclusiones por el Abogado General. Allí se alude a las observaciones escritas presentadas ante el TJUE por BBVA (la entidad ejecutante), en las que éste pone de manifiesto que «la existencia de cláusulas abusivas, presentes en el contrato cuya ejecución se solicita, ya se ha invocado hasta en dos ocasiones ante el órgano jurisdiccional remitente» (apartado 20), invocación para la cual el ejecutado tuvo que servirse necesariamente de abogado y procurador.
16. Un parecer similar acoge el AAP Barcelona (Sec. 13) núm. 363/2015, de 26 de noviembre (Roj AAP B 1828/2015). En dicha resolución se considera que, en virtud de la doctrina recogida en la STJUE de 29 de octubre de 2015, el plazo para plantear el incidente extraordinario podría estar abierto en la medida en que no se haya comunicado personalmente a los ejecutados el inicio del mismo, pero sólo en aquellos casos en que el ejecutado carezca de defensa y representación procesal, porque de tenerla el plazo habría precluido y –llega a afirmar la Audiencia– «podríamos estar en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado».

de la Administración de Justicia que ostentan tanto abogados como procuradores: en suma, confiar en la pericia jurídica de unos profesionales a los que se supone conocedores de las normas que les afectan y con las que diariamente trabajan.

Las consideraciones anteriores deben conectarse con otra cuestión, en la que inciden tanto las conclusiones del Abogado General como la sentencia del TJUE: la afirmación de que una norma como la contenida en la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 impedía la *plena disponibilidad del plazo* para formular el incidente extraordinario y, por tanto, el ejercicio efectivo de los derechos que la reforma legislativa reconocía a los consumidores. Sólo la notificación individual a los interesados o a sus representantes, al suponer el inmediato conocimiento del contenido de lo comunicado, aseguraría la posibilidad de aprovechar íntegramente el plazo conferido.

A mi juicio, esta tesis obvia aspectos importantes. A este respecto, tengamos en cuenta cuál era el propósito del régimen transitorio introducido por la Ley 1/2013: con él se pretendía que los ejecutados en procedimientos ya iniciados cuando dicha norma entró en vigor gozasen de las mismas oportunidades concedidas a quienes pudieran ser demandados en procedimientos posteriores. En suma, que unos y otros disfrutasen de un margen temporal análogo para oponer posibles cláusulas abusivas. Se hace precisa, por tanto, una labor comparativa: de ella resulta que, en tanto los ejecutados en procesos ya iniciados disponían de un mes para invocar la nueva causa de oposición, contado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, los ejecutados en procesos que se incoasen con posterioridad disponían del plazo ordinario de diez días contados desde la notificación del auto que despacha la ejecución (artículo 681.1 en relación con el 556.1 LEC). El argumento del TJUE tendría su lógica si para ambas hipótesis se hubiera señalado idéntico plazo: en ese supuesto, obviamente resultarían agravados los demandados de procedimientos en curso que, al no ser notificados individualmente, dispondrían de menos *tiempo efectivo* que los segundos para preparar su escrito de oposición. Sin embargo, no es eso lo que ha sucedido: la modalidad de inicio del cómputo (desde la entrada en vigor de la reforma y sin necesidad de una notificación *ad hoc*) se procura compensar con un plazo más dilatado para entablar el incidente extraordinario, a fin de dar a los interesados (o, mejor dicho, a sus representantes y defensores) un tiempo prudencial para tomar conocimiento de la nueva norma. No está de más advertir que, si el legislador se hubiera limitado a señalar en la disp. transitoria 4ª el mismo plazo (diez días) previsto con carácter general en el artículo 556 LEC, el escrito de oposición se hubiera podido presentar hasta las quince horas del 30 de mayo de 2013. Sin embargo, al elevarse el plazo a un mes, el límite temporal para presentar el escrito quedó ampliado hasta las quince horas del 18 de junio, es decir, diecinueve días más tarde. Desde mi punto de vista, conceder a un profesional del Derecho, que está asistiendo al deudor en un proceso de ejecución hipotecaria, un lapso de diecinueve días para tomar conocimiento de una reforma de la LEC que beneficia a su cliente no exige una diligencia desproporcionada. Antes al contrario, se trata de un margen de tiempo razonable. Desde luego, no creo que suponga un atentado contra el derecho de defensa, la seguridad jurídica y la protección de la confianza mutua, como apunta el Tribunal comunitario en la sentencia aquí comentada (apartado 38).

## VI. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA STJUE DE 29 DE OCTUBRE DE 2015

No podemos concluir este trabajo sin intentar responder una última cuestión: se trata, concretamente, de determinar qué incidencia práctica puede tener en nuestro ordenamiento la STJUE de 29 de octubre de 2015. A este respecto, y aunque seguramente es demasiado pronto (dado lo reciente de la sentencia) para hacer esta clase de pronósticos, no parece aventurado advertir que esta vez el impacto de lo declarado por el Tribunal comunitario va a ser muy limitado. Desde luego, la magnitud de dicho impacto tendrá poco que ver con la que en su momento tuvo la sentencia del caso *Aziz*. Para entender el porqué es preciso distinguir los tres supuestos que a continuación se exponen.

### 1. EFECTOS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013 QUE (TODAVÍA) SE ENCUENTREN EN CURSO

Es en este supuesto en el que más se van a notar las consecuencias de la sentencia comentada, dado que el principio de primacía del Derecho comunitario obligará a nuestros tribunales a inaplicar las disposiciones nacionales que no sean conformes con aquél. Ello supondrá la inaplicación del plazo previsto en la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 en tanto no se le notifique su inicio al ejecutado, haciendo desaparecer los efectos de la preclusión ya producida. Se mantendrá abierta, por tanto, la posibilidad de los consumidores demandados en esta clase de procedimientos de plantear el incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas<sup>17</sup>. No obstante, cabe presumir que serán pocos los procedimientos de ejecución hipotecaria que, comenzados antes del 15 de mayo de 2013, se encuentren todavía pendientes en el momento actual. La relevancia práctica de este supuesto se reduce aún más si tenemos en cuenta que, en muchos de los procedimientos aludidos, el tribunal ya habrá revisado de oficio el clausulado del préstamo hipotecario y excluido las estipulaciones nulas, haciendo innecesaria la oposición del ejecutado.

### 2. EFECTOS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013 QUE YA HAYAN FINALIZADO

En este supuesto (sin duda el más habitual) cabe preguntarse si podrá instarse la nulidad de las actuaciones por la vía del artículo 228 en relación con el 562.2 LEC, retrotrayéndolas al momento en el que el vicio se produjo y reabriendo el plazo para oponerse a la ejecución. Una posible respuesta afirmativa dará lugar a nuevos –y complejos– problemas, como el relativo a la anulación del decreto de adjudicación

17. Ésta es también la opinión de LYCZKOWSKA, K., «El plazo establecido por la disposición transitoria 4ª...», *cit.*, p. 5. En la jurisprudencia menor, esta interpretación es acogida por el AAP Badajoz núm. 122/2015, de 20 de noviembre (Roj AAP BA 3/2015), que considera ineficaz el emplazamiento ordenado por la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 y, por ende, declara que la alegación de abusividad presentada por los ejecutados está dentro de plazo. En sentido similar se pronuncian el AAP Barcelona (Sec. 14ª) núm. 276/2015, de 11 de noviembre (Roj AAP B 1734/2015) y el AAP Barcelona (Sec. 16ª) núm. 390/2015, de 18 de diciembre (Roj AAP B 1865/2015).

del inmueble y el posible retorno del mismo al deudor hipotecario, cuestión especialmente delicada ante la posible existencia de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral.

A mi juicio, es muy discutible la procedencia de este cauce procesal. En primer lugar, porque la prosperabilidad del incidente excepcional de nulidad de actuaciones ha de fundarse en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que tasadamente enumeran los artículos 238 LOPJ y 225 LEC y, en el supuesto estudiado, no parece que tal causa concurra. Ciertamente, cabría pensar en la aplicación de la causa 3ª recogida en ambos preceptos, que se refiere a aquellos casos en que se haya prescindido de «normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, hay podido producirse indefensión». No obstante, una cosa es que la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013 no resulte conforme con el principio de efectividad, y otra muy distinta que la notificación individual de la posibilidad de oponerse a la ejecución (omitida aquí y sustituida por la publicación en el BOE) constituya una «norma esencial» del proceso de ejecución. Hay que tener en cuenta que, de conformidad con el principio de autonomía procesal, será el Derecho interno de cada Estado el que determine los trámites esenciales de los respectivos procedimientos: el TJUE es competente para declarar si la norma cuestionada se adecúa o no al Derecho comunitario, no para decidir si un determinado trámite es esencial o secundario desde el punto de vista del Derecho nacional. A este respecto, y como dijimos *supra*, ningún precepto de nuestra LEC obliga al tribunal a efectuar aquella notificación: al ejecutado simplemente se le da noticia de la ejecución despachada en su contra, no se le emplaza para oponerse. Por otra parte, el artículo 149.1º LEC señala claramente cuál es el objeto propio de una notificación (dar noticia de una resolución o actuación del tribunal); por ello, difícilmente puede considerarse «esencial» la notificación de un objeto distinto (en nuestro caso, la aprobación de una reforma legislativa beneficiosa para el consumidor) que, en puridad, ninguna norma contempla.

En segundo lugar, y aunque se entienda que efectivamente se ha prescindido de una norma esencial del proceso de ejecución, no parece que ello deba generar automáticamente la nulidad de todo lo actuado y, en especial, de la subasta y adjudicación del inmueble. Me estoy refiriendo al caso (muy frecuente en la práctica) de que la cláusula supuestamente abusiva no afecte al fundamento de la ejecución hipotecaria, sino que su trascendencia se limite a la determinación del *quantum* (normalmente, cláusulas relativas a intereses desproporcionados o al cobro de comisiones improcedentes). A estas alturas no es ningún secreto que, en la gran mayoría de los casos, la expulsión de este tipo de cláusulas del título ejecutivo no logra evitar la pérdida del inmueble, ante la imposibilidad del ejecutado de afrontar el pago de una deuda cuyo importe, incluso tras la eliminación de las cláusulas viciosas, sigue siendo elevado. En un contexto semejante, cabe preguntarse qué sentido tiene anular la subasta y devolver al deudor la posesión del bien, para seguidamente repetir la licitación, adjudicar otra vez el inmueble a quien corresponda y proceder nuevamente al lanzamiento del ejecutado. Parece que en la hipótesis descrita tendrá plena aplicación el principio de conservación

de los actos procesales, que postula la validez y eficacia de aquellas actuaciones cuyo contenido no podría haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción determinante de la nulidad (artículos 243.1 LOPJ y 230.1 LEC).

Lo dicho hasta ahora no significa que el deudor hipotecario demandado en estos procedimientos ya finalizados carezca de otras vías procesales para impugnar las cláusulas contractuales abusivas, no denunciadas en el plazo preclusivo de la disp. transitoria 4<sup>a</sup>. Al contrario: podrá hacerlo a través del correspondiente proceso declarativo (artículos 564 y 698 LEC), cauce idóneo para hacer valer aquellas cuestiones de fondo, relativas a la obligación documentada en el título, que el ejecutado no pudo esgrimir a través del incidente de oposición. En dicho proceso, el alcance de la tutela que puede solicitar y obtener el antiguo ejecutado (convertido ahora en actor) dependerá del tipo de cláusula impugnada: si ésta fue fundamento de la ejecución, podrá solicitar la restitución del inmueble (si éste fue adjudicado al ejecutante y continúa en su poder<sup>18</sup>) o bien su equivalente pecuniario en el caso de que la anterior pretensión resulte inviable (normalmente, por la enajenación a un tercero amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria<sup>19</sup>); si, por el contrario, la cláusula impugnada sólo afectó a la cuantía de la ejecución, la tutela consistirá en la devolución al consumidor de los importes indebidamente cobrados en aplicación de dicha cláusula.

- 
18. Ante el riesgo de que el inmueble salga del patrimonio del ejecutante (ahora demandado en el declarativo) durante la pendencia del proceso, imposibilitando la ejecución *in natura* de un futuro fallo condenatorio, convendrá solicitar en la demanda la anotación preventiva de ésta en el Registro de la Propiedad, a fin de excluir la buena fe (y por tanto la protección del Registro) de los terceros que pudieran adquirir el bien. Obviamente, la concesión de esta medida no será automática, sino que habrán de concurrir los presupuestos del 728 LEC, si bien la cuantía de la caución debería moderarse atendiendo a la capacidad económica del actor –antiguo ejecutado– a fin de no limitar de modo irrazonable su acceso a la tutela cautelar. Téngase en cuenta, en este sentido, que el legislador no exime del deber de prestar caución al beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita (condición que frecuentemente ostenta el deudor que, precisamente por carecer de ingresos suficientes, no ha podido atender al pago del préstamo hipotecario), lo cual ha suscitado severas críticas en la doctrina procesalista (vid. CALDERÓN CUADRADO, P. y MARTÍN PASTOR, J., «Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares», en *Tribunales de Justicia*, marzo de 2001, pp. 1 y ss.).
19. A este respecto, entiendo que no cabe calificar como terceros a las filiales inmobiliarias que las entidades financieras han creado a lo largo de los últimos años, a fin de gestionar la ingente cartera de inmuebles que dichas entidades se han adjudicado en procedimientos ejecutivos. Es frecuente que el inmueble hipotecado acabe en el patrimonio de estas filiales, muchas veces recurriendo al ardid de hacerlas comparecer como postoras para burlar así las consecuencias previstas para la subasta desierta (artículo 671 LEC) y lograr la adjudicación de viviendas por importes inferiores al 70% del valor de tasación. Sobre esta cuestión, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Hipoteca de vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria», en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (Coords.: TARABAL BOSCH y LAUROBA LACASA), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 301 y 302.

A lo anterior debe sumarse una última posibilidad: si la ejecución hipotecaria no alcanzó a cubrir la totalidad del crédito reclamado y, como consecuencia de ello, el acreedor inicia una ejecución ordinaria posterior por la parte insatisfecha (artículo 579 LEC), en ella el deudor tendrá nuevamente la posibilidad de formular oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas (artículo 557.1.7ª LEC).

### 3. POSIBLE TRASLACIÓN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN ESTA SENTENCIA A SUPUESTOS (APARENTEMENTE) ANÁLOGOS: LA DISP. TRANSITORIA 4ª DEL REAL DECRETO LEY 11/2014, DE 5 DE SEPTIEMBRE, Y DE LA LEY 9/2015, DE 25 DE MAYO

Las dudas que despiertan nuestras normas de Derecho intertemporal en materia de cláusulas abusivas no acaban, según parece, con la controvertida disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013. A este respecto, resulta evidente el paralelismo entre la citada disposición transitoria y la contenida en el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Esta última norma modificó el artículo 695.4 LEC, que determina los recursos procedentes frente al auto resolutorio de la oposición a la ejecución hipotecaria, a fin de acomodar su contenido a la STJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14). Hay que recordar que esta sentencia declaró contraria al Derecho de la Unión la asimetría del régimen de recursos establecido por el artículo 695.4 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), en cuanto permitía al ejecutante apelar el auto que ordenase el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva y vedaba, en cambio, esta misma posibilidad al ejecutado-consumidor cuando el auto fuera desestimatorio de su oposición<sup>20</sup>. El Real Decreto Ley 11/2014 corrigió esta desigualdad y abrió la segunda instancia también para el ejecutado<sup>21</sup>, imprimiendo efecto

20. Este tratamiento dispar en el acceso a los recursos despertó también objeciones de inconstitucionalidad por suponer una discriminación injustificada en contravención del principio de igualdad de armas procesales (artículo 14 en relación con artículo 24 CE). Dichas objeciones cristalizaron en la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés mediante auto de 14 de noviembre de 2013, que sin embargo fue inadmitida a trámite mediante ATC 70/2014, de 10 de marzo.

21. Esta equiparación entre ejecutante y ejecutado, garantizando para ambos el doble grado jurisdiccional, era ya propugnada por un sector de nuestra doctrina con anterioridad a la STJUE de 17 de julio de 2014. *Vid.*, a este respecto, CORDÓN MORENO, F., «¿Inconstitucionalidad del sistema de recursos contra el auto que resuelve la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria?», en <http://blog.uclm.es/cesco/2014/01/17/novedades-cesco-40/>, enero de 2014, pp. 5 y 6; así como LAFUENTE TORRALBA, A. J., «El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal», en *Vivienda y crisis económica* (Dir.: ALONSO PÉREZ), Aranzadi, Pamplona, pp. 240 y ss. Parecer contrario era el de SENÉS MOTILLA, C., «La ejecución hipotecaria bajo sospecha (de inconstitucionalidad y contrariedad al Derecho europeo)», trabajo publicado en el blog jurídico *¿Hay Derecho?* (accesible en <http://hayderecho.com/2014/01/08/la-ejecucion-hipotecaria-bajo-sospecha-de-inconstitucionalidad-y-contrariedad-al-derecho-europeo/>), en cuya opinión nada hay de discriminatorio en la diferenciación de los recursos frente a una resolución judicial según el sentido favorable o adverso a la pretensión ejercitada, apuntando que nuestro

retroactivo a dicha modificación y despojando, en consecuencia, de su firmeza a los autos ya dictados en procedimientos pendientes en cuya virtud se hubiese rechazado la oposición fundada en cláusulas abusivas. A este respecto, la (también) disp. transitoria 4ª del Decreto Ley concedió a los ejecutados un plazo extraordinario de un mes para interponer el recurso, computado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la nueva norma. Se incorporaba también un inciso final que al lector le resultará familiar: «la publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto».

El Real Decreto-Ley 11/2014 se convirtió posteriormente en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que otorgó un nuevo plazo extraordinario (esta vez de dos meses) para apelar el auto desestimatorio de la oposición, con un régimen de notificación idéntico al transcrito.

Así pues, la pregunta resulta insoslayable: ¿es aplicable la doctrina sentada por la STJUE de 29 de octubre de 2015 al régimen transitorio que acaba de describirse? En contra de lo que pudiera parecer, la respuesta a mi juicio ha de ser negativa. No sólo por el plazo que se ha otorgado en este caso a los ejecutados para formular el recurso (han tenido dos oportunidades para apelar y un plazo total de tres meses), sino por las razones que a continuación expondré.

Desde mi punto de vista, el caso no es comparable al de la disp. transitoria 4ª de la Ley 1/2013, pese a que ésta excluía en similares términos la notificación singularizada del plazo extraordinario para oponerse a la ejecución. El punto de partida de esta disposición era, no lo olvidemos, un proceso de ejecución en el que es frecuente la falta de personación de la parte ejecutada y la pasividad de ésta ante el desarrollo del procedimiento. Como hemos visto, éste es un factor que el Abogado General Maciej Szpunar (cuyas conclusiones sirvieron de base a la sentencia del pasado 29 de octubre) consideró especialmente relevante a efectos de determinar la vulneración del principio de efectividad, pues a su juicio era una dificultad añadida para que el consumidor conociera la nueva norma y las posibilidades de defensa que ésta le ofrecía.

Sin embargo, la hipótesis de la que parte la disp. transitoria 4ª del Real Decreto Ley 11/2014 y su sucesora, la Ley 9/2015, es muy diferente. Aquí el ejecutado ya ha formulado oposición (que le ha sido desestimada) y, para ello, ha tenido que comparecer con abogado y procurador. Como se dijo en páginas anteriores, parece razonable esperar que estos operadores jurídicos estén informados de las modificaciones legislativas que inciden en su quehacer profesional y, por tanto, conozcan la creación de un trámite *ex novo* para recurrir. Desde luego, un plazo acumulado de tres meses parece un tiempo más que suficiente para que un procurador o abogado medianamente diligentes adquieran ese conocimiento por sí mismos, de modo que no sea

---

ordenamiento cuenta con otras previsiones diferenciadoras que no han suscitado debate ni tacha alguna de discriminación.

una oficina judicial de ordinario saturada de trabajo la que tenga que notificarles la existencia de normas vigentes publicadas en el BOE. El Derecho de Consumo, preocupado como sabemos por garantizar la tutela de la denominada «parte débil», asume como premisa la incapacidad del consumidor para conocer la amplitud de sus derechos; sin embargo, no parece que se gane nada presumiendo esa misma incapacidad en los profesionales del foro.

Tampoco creo que el régimen transitorio establecido en estas normas esté aquejado de inconstitucionalidad, en contra de lo sostenido por algún autor<sup>22</sup>. A este respecto, se ha dicho que el citado régimen lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado por vulnerar la doctrina del Tribunal Constitucional en cuya virtud deben agotarse todos los medios posibles para lograr la notificación personal. En la medida en que en el supuesto analizado el domicilio del ejecutado es conocido al constar en los autos, la sustitución de la notificación personal por la publicación en el BOE a los efectos de determinar el *dies a quo* del plazo para apelar debería estimarse contraria a la Constitución.

No comparto este punto de vista. La obligación del tribunal de informar al justiciable sobre los recursos que proceden contra sus resoluciones se encuentra establecida en los artículos 208.4 LEC y 248.4 LOPJ y ha dado lugar a una abundante doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre las consecuencias de una información inexistente o defectuosa. A mi juicio, la omisión de la notificación relativa al plazo extraordinario para apelar el auto desestimatorio de la oposición puede enmarcarse en esta doctrina. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la omisión de la llamada instrucción de recursos «no supone necesariamente vulneración de derechos fundamentales» (STC 160/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 160), FJ 2), pues la simple omisión de la instrucción, a diferencia de la instrucción errónea, «al ser fácilmente detectable debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos ordinarios para que sea suplida por la propia diligencia procesal de la parte, especialmente si tiene asistencia letrada»<sup>23</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar que

22. Vid. CORDÓN MORENO, F., «Dos cuestiones sobre la reforma del artículo 695.4 de la LEC por el Real Decreto-Ley 11/2014: su conformidad o no con la doctrina constitucional sobre el derecho a los recursos e inconstitucionalidad de su régimen transitorio», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* ([www.revista.uclm.es/index.php/cesco](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco)), 2014, núm. 11, p. 190.

23. De igual modo, el Tribunal Constitucional ha declarado que no «puede ignorarse si los defectos u omisiones en la instrucción de recursos pudieron ser salvados por el propio interesado, al cual, cuando esté asistido de Letrado, puede ser también imputable, en parte no desdeñable el resultado de la inadmisión del recurso» (STC 376/1993, de 20 de diciembre [RTC 1993, 376]). Asimismo, en relación con el requisito para recurrir en amparo consistente en el previo agotamiento de los recursos utilizables en la vía ordinaria, el mismo Tribunal ha señalado que el silencio del órgano judicial acerca de cuáles sean estos recursos «no podía eximir a la parte agraviada de la carga de agotar

la instrucción de recursos es irrelevante cuando la parte se halla representada por procurador y dirigida por letrado (STS [Sala 1ª] de 26 de noviembre de 2010 [RJ 2010, 1316])<sup>24</sup>. Así las cosas, difícilmente puede considerarse que la falta de notificación al ejecutado de la procedencia del recurso de apelación frente al auto que desestima la abusividad, así como del plazo para interponerlo, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

---

la vía judicial previa a esta constitucional, por razón de una circunstancia decisiva al respecto, que no es otra sino el estar procesalmente representada la empresa por Procurador y defendida por Abogado, ambos peritos en Derecho. En tal situación, le era factible y obligado indagar, ante el silencio de la oficina judicial, si la resolución era o no susceptible de ulterior recurso, sin que pueda basarse en la omisión o silencio de aquél para acudir *per saltum* a la vía de amparo, siéndole exigible a la parte que, obrando con la diligencia necesaria, se instruyese por sí misma de los recursos posibles contra la resolución con la que estaba en desacuerdo» (STC 67/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 67]). Finalmente, la STC 27/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 27), ha considerado que el incumplimiento del artículo 248.4 LOPJ no tiene el mismo alcance constitucional en los supuestos en que la parte está asistida de letrado que en aquellos otros en los que carece de dicha asistencia técnica. Por ello, el Tribunal Constitucional excluye en el supuesto enjuiciado cualquier significado constitucional a la denunciada falta de indicación del recurso, ya que la recurrente actuaba bajo la dirección técnica de abogado y, estando los recursos utilizables expresamente indicados en el artículo 787 LECrim, ningún obstáculo existía para la observancia de la exigencia procesal indebidamente omitida por la recurrente.

24. Así lo ha declarado también en otras resoluciones, entre las que cabe destacar los AATS (Sala 1ª) de 29 de octubre de 2002 (JUR 2002, 266341), 21 de octubre de 2003 (JUR 2003, 261840) y 23 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3417).