

1.7. Concursal civil

El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015*

The challenge procedure in mortgage foreclosure on the grounds of the existence of unfair terms and the Judgements of the European Court of Justice of 17 July 2014 and 21 January 2015

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reciente STJUE de 17 de julio de 2014, que ha dado lugar a la reforma del artículo 695.4 LEC, para permitir al deudor hipotecario ejecutado recurrir en apelación el auto desestimatorio del incidente de oposición por cláusulas abusivas, señalando las cuestiones discutidas que plantea la nueva regulación, especialmente la carga del ejecutado de alegar en el incidente de oposición y la posibilidad o no de plantear un juicio declarativo plenario que tenga por objeto las mismas cláusulas abusivas alegadas en el incidente de oposición. La autora concluye que más allá de las cuestiones procedimentales, que son meramente instrumentales para lograr la tutela del Derecho sustantivo, lo transcendental sigue siendo el control de contenido del clausulado del préstamo hipotecario, que cabe verificar en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, terminando con un análisis de la reciente sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015. Sentencia que descarta que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 sea contraria a la Directiva 93/13, en la medida en que su ámbito de aplicación no es coincidente con el de esta, y por tanto, no impide que el juez nacional, además de aplicar la medida moderadora de los intereses moratorios prevista en ella, pueda apreciar el carácter abusivo de tal cláusula, y extraer las consecuencias que prevé la Directiva para tal caso.

ABSTRACT: *In this article, the author examines the recent ECJ Judgement of 17 July 2014, which has given rise to the amendment of article 695.4 of the Spanish*

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

Civil Procedure Act allowing mortgagors facing foreclosure to appeal to a higher authority a ruling in which a challenge lodged on the grounds of unfair terms is dismissed. The disputed issues raised by the new provision are discussed, in particular the burden of proof on the mortgagor in the challenge procedure, and whether or not it is possible to seek a plenary declarative ruling in respect of the same unfair terms alleged in the challenge procedure. The author concludes that beyond any procedural questions, which are merely instrumental in ensuring the protection of the substantive Law, the important issue is still to control the content of mortgage terms, which may be tested in the procedure for challenging mortgage foreclosure, and culminating with an analysis of the recent Judgement of the ECJ of 21 January 2015. This Judgement rejects the possibility that the 2nd Transitional Provision of Law 1/2013 contravenes Directive 93/13, in so far as its scope of application does not coincide with that of the Directive, and as such it does not prevent a national judge — in addition to applying the measure for the moderation of default interest envisaged there — from finding that such a term is unfair, and imposing the consequences envisaged in the Directive in this case.

PALABRAS CLAVE: Oposición a la ejecución hipotecaria. Apelación. Juicio plenario posterior. Control de contenido del préstamo hipotecario

KEY WORDS: *Challenge to mortgage foreclosure. Appeal. Subsequent plenary ruling, control of the contents of mortgage loans*

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN Y LA STJUE DE 17 DE JULIO DE 2014.—II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 695.4 LEC Y LAS NUEVAS CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA.—III. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DE CONTENIDO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN Y LA STJUE DE 17 DE JULIO DE 2014

En fechas recientes se ha dictado la STJUE de 17 de julio de 2014, Sala Primera, (asunto C-169/2014). La sentencia tiene por objeto la decisión de la cuestión prejudicial planteada por Auto de la Audiencia Provincial de Castellón el 2 de abril de 2014, en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido por BBVA contra el Sr. Sánchez Morcillo y la Sra. Abril García, quienes habían formulado oposición a la ejecución hipotecaria de su vivienda, por contener la escritura de préstamo hipotecario cláusulas abusivas. Su oposición fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Castellón el 19 de junio de 2013. Los ejecutados interpusieron entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Castellón, la cual plantea la cuestión prejudicial, pues la legislación procesal (art. 695.4 LEC¹) no permitía que el deudor cuya oposición hubiese sido desestimada interpusiese recurso contra la resolución judicial que ordenase la continuación del procedimiento de ejecución. El órgano jurisdiccional

remitente albergaba dudas en cuanto a la compatibilidad de dicha normativa procesal nacional con la Directiva 93/13 y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que formula el derecho a la tutela judicial efectiva²), máxime cuando era posible considerar abusivas algunas de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal. En concreto, el Tribunal pregunta si la citada normativa se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13³ y al artículo 47 de la mencionada Carta, que formularía el derecho a un juicio equitativo y en igualdad de armas, cuando la posibilidad de recurrir en apelación está reconocida al acreedor ejecutante si el auto resolutorio de la oposición acuerda el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no se reconoce al deudor hipotecario la posibilidad de recurrir el auto que desestime su oposición por existencia de tales cláusulas.

El TJUE, que examina conjuntamente ambas cuestiones, señala que los procedimientos de ejecución nacionales están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de su jurisprudencia (SSTJUE *Barclays Bank*, C-280/13, *Aziz*, C-415/11, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, *Autos del TJUE Banco Popular Español* C-537/12 y C-116/13). De manera que, si bien a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, los Estados gozan de autonomía procesal para determinar cuándo procede un recurso de apelación frente a las resoluciones sobre legitimidad de una cláusula contractual, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria deben responder al principio de equivalencia (no ser menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno) y al principio de efectividad (no hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la UE).

El TJUE señala que el artículo 695.4 LEC parecería cumplir con el principio de equivalencia en cuanto el consumidor tampoco puede plantear recurso de apelación cuando la oposición desestimada se fundamente en la infracción de una norma nacional de orden público, extremo que, no obstante, el órgano remitente debería verificar. En relación con el principio de efectividad, el TJUE indica que, de acuerdo con las normas procesales españolas, es posible que una ejecución hipotecaria sobre una vivienda se incoe a instancias de un profesional, sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento haya sido objeto de un examen judicial previo destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas que contenga. Puesto que el profesional cuenta con este trato privilegiado, se haría más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pudiera obtener una tutela judicial eficaz. Según confirmó el Gobierno español, a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC como consecuencia del pronunciamiento de la sentencia *Aziz* (STJUE de 14 de marzo de 2013), el artículo 552.1 de la LEC no impone al juez que conoce de la ejecución hipotecaria la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que fundamentan la demanda ejecutiva, sino que le atribuye simplemente la facultad de efectuar tal examen⁴.

Teniendo presente, además, que desestimada la oposición por existencia de cláusulas abusivas, al deudor ejecutado solo le quedaría la opción de recurrir a un declarativo que no suspende el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 698 LEC⁵), y en el que, aun suponiendo que se estimase la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendría una reparación *in natura* de su

perjuicio que le reintegrase a la situación anterior al despacho de la ejecución, sino únicamente una indemnización que compensara tal perjuicio, salvo en el supuesto residual de obtener anotación preventiva de la demanda de nulidad en el Registro de la Propiedad antes de haberse practicado la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas⁶, el Tribunal considera que dicha indemnización no constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva. Por otro lado, al permitirse el recurso de apelación al acreedor, si la resolución de la oposición es contraria a sus intereses, y al no permitirse al deudor en el mismo caso, el procedimiento de ejecución colocaría al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar al amparo de la Directiva 93/13. Este desequilibrio procesal acentuaría el desequilibrio contractual que existe entre profesional y consumidor (en la capacidad de negociación y en el nivel de información), y sería contrario al principio de igualdad de armas procesales (que forma parte del principio de la tutela judicial efectiva), el cual, según jurisprudencia reiterada del TJUE, junto con el principio de contradicción, serían el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implicaría la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria. En tales circunstancias, el Tribunal concluye que «es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal *incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores*, máxime habida cuenta de que *las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva* incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía».

Si bien el TC había considerado que los derechos del deudor hipotecario quedaban garantizados con la posibilidad de acudir al declarativo ordinario (art. 698 LEC), de tal manera que ante el planteamiento de la posible inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria por vulneración del artículo 24.1 CE, el TC confirmó su regulación y entendió que no infringía derecho fundamental alguno (*Vid.* el reciente ATC de 19 de junio de 2011, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell), el TJUE ha entendido que el procedimiento de ejecución hipotecario español, incluso tras la reforma efectuada por la Ley 1/2013, *incrementa la desigualdad de armas procesales entre profesionales y consumidores en el ejercicio de acciones basadas en la Directiva 93/13 sobre todo por razón de que las modalidades procesales para articular esas acciones, resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva. Esto es, los mecanismos procesales del Estado español dificultarían el control de contenido de los préstamos hipotecarios en fase de ejecución*⁷.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 695.4 LEC Y LAS NUEVAS CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA

El procedimiento de ejecución hipotecaria español «se ha articulado —desde la reforma de 21 de abril de 1909 (con antecedentes en las Leyes de 2 de diciembre de 1872 y 14 de julio de 1983)— como un instrumento esencial en favor de la celeridad del crédito, y del fomento... del mercado hipotecario. Sus líneas fundamentales, configuradas básicamente desde esa reforma para eludir las dificultades de cobro propias del proceso ordinario son, de un lado, la extraordinaria fuerza del título ejecutivo que inicia la ejecución (otorgando al proceso cierta naturaleza sumaria) y la ausencia de una fase de cognición —con ... remisión del deudor a un proceso declarativo aparte para resolver sobre su oposición de fondo— y, de otro, la... valoración inicial del inmueble y la innecesariedad de una valoración posterior ya en fase de ejecución. De esta manera, el sistema hipotecario español ha generado una suerte de tutela judicial privilegiada, que se ha convertido en lo que comúnmente se denomina principio *favor creditoris cum hypotheca*»⁸.

Se había señalado que desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, esta habría impuesto al ejecutado la carga procesal de alegar la abusividad de las cláusulas de su contrato de préstamo hipotecario como causa de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, no pudiendo dejar pasar esa posibilidad de actuación para, posteriormente, iniciar un declarativo ordinario donde pretendiese suspender la ejecución hipotecaria, hasta que se resolviese sobre la posible nulidad. Si bien esto era cierto, la imposibilidad de recurrir en apelación la decisión desestimatoria de la oposición a la ejecución, sí que legitimaba el intento del deudor de acudir al declarativo ordinario pidiendo la suspensión del procedimiento de ejecución como medida cautelar, al amparo de la STJUE de 14 de marzo de 2013, como el propio TJUE da a entender en su nueva resolución. Pero la posibilidad introducida en la LEC de realizar tal apelación, parecería eliminar, en términos siempre generales, tal posibilidad de actuación, en lo relativo a los futuros procedimientos que se entablen. En efecto, como respuesta a la antedicha STJUE el legislador español, por RD-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre de 2014), ha modificado el artículo 695.4 de la LEC, que queda redactado en los siguientes términos: «4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten»⁹.

Ahora bien, la nueva regulación no está exenta de polémica¹⁰. Así se señala que la reforma es incompleta por no permitir la apelación frente al auto que despacha ejecución, tras el examen de oficio de las posibles cláusulas abusivas¹¹. También se habla de reconfigurar el proceso declarativo de manera que sea verdaderamente suspensivo del proceso de ejecución (o bien, no suspensivo, pero dejando sin purgar la anotación preventiva de demanda del juicio ordinario del artículo 698 LEC, aunque se practicase tras la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, esto es, volviendo al régimen anterior a la LEC 2000 (Disposición final 8.ª), en el sentido de la RDGRN de 11 de mayo de 2001¹².

La cuestión más problemática es la de si el planteamiento del incidente de oposición de cláusulas abusivas, impide o no al deudor hipotecario el planteamiento de un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión (que, caso de poder plantearse, parece, en términos generales, que no debería tener efectos

suspensivos, ya que el incidente de oposición con su apelación tuvo tal efecto suspensivo del procedimiento hipotecario y cumpliría las previsiones de la STJUE de 14 de marzo de 2013, aunque sí podría argumentarse en el sentido de que la regulación procesal (art. 131 y 134 LH), no debería impedir la reparación *in natura*, esto es la vuelta a la situación anterior al despacho de la ejecución mediante la no cancelación de la anotación preventiva del procedimiento plenario del artículo 698 LEC, incluso practicada tras la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas, pues de lo contrario, se estaría impidiendo el cuestionamiento, con efectos sustantivos, de la exactitud de los asientos registrales (arts. 1.3, 38 y 40 LH). Se ha señalado que «la LEC permite al ejecutado promover un incidente de oposición de fondo a la ejecución, que se sustanciará dentro del propio procedimiento especial y con suspensión de la actividad ejecutiva. *Las diferencias entre este incidente de oposición de la ejecución hipotecaria y el previsto en la LEC para la ejecución ordinaria no son de naturaleza: se trata, en ambos casos, de incidentes declarativos sumarios que se insertan en un proceso de ejecución.* Lo que caracteriza a la oposición de fondo en la ejecución hipotecaria es, por un lado, la rigidez de los requisitos que condicionan su admisibilidad y, por otro lado, la simplicidad de su tramitación»¹³. Ahora bien, en relación con la decisión sobre la oposición a la ejecución ordinaria de título ejecutivo judicial o arbitral, o bien de título ejecutivo no judicial, el artículo 561 LEC señala que «el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo se dicta a los solos efectos de la ejecución. Ello significa que la decisión judicial en este caso agota sus efectos en declarar procedente o no que la ejecución siga adelante. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el incidente de oposición, aunque tiene naturaleza declarativa, tiene carácter sumario, ya que,... se encuentran limitadas las alegaciones que el ejecutado puede realizar y, en ciertos casos, se encuentran también limitados los medios de prueba a través de los cuales el ejecutado puede probar dichas alegaciones (recuérdese que hay excepciones que tienen que ser probadas mediante documentos o, incluso, por documentos públicos). Dada esta limitación de la cognición judicial, es lógico que la decisión no tenga fuerza de cosa juzgada material y que, por tanto, cualquiera que sea el sentido de la decisión adoptada en el incidente de oposición pueda incoarse posteriormente un proceso declarativo plenario». Este declarativo plenario está previsto en el artículo 564 LEC¹⁴. La doctrina indica que determinar qué hechos pueden ser alegados en un eventual proceso declarativo plenario posterior exige distinguir diversos supuestos: hechos no susceptibles de ser alegados en la oposición a la ejecución; hechos que fundan excepciones oponibles en la ejecución, pero acaecidos con posterioridad al momento preclusivo de interposición de la demanda de oposición a la ejecución y *hechos que fueron alegados o que pudieron ser alegados en la oposición a la ejecución*. «Se trata del supuesto más problemático y dudoso. A favor de que dichos hechos puedan ser alegados de nuevo en un eventual proceso declarativo se pueden aducir varios argumentos. Así, en síntesis: 1. el tenor del artículo 561 LEC, que dice que el auto que resuelve la oposición por motivos de fondo se dicta «a los solos efectos de la ejecución»; 2. aunque la oposición sea un incidente declarativo que puede darse en un proceso de ejecución, no es propiamente un proceso declarativo; 3. cuando el ejecutado no plantea oposición, no puede decirse que haya un *juicio*; 4. respecto de algunas de las excepciones oponibles hay limitaciones probatorias»¹⁵. DE LA OLIVA SANTOS se inclina por la negativa sobre la base de los siguientes argumentos: «1. el artículo 564 LEC señala cuáles son los hechos que se pueden alegar en un nuevo proceso declarativo (*ergo, inclusio unius exclusio alterius*) y no incluye los que ya fueron alegados o

eran alegables en el incidente de oposición; 2. el incidente de oposición es, a la postre, un proceso declarativo, con las posiciones procesales invertidas, en el que se debe aplicar la regla de preclusión de alegación de hechos establecida en el artículo 400 LEC¹⁶; 3. no tiene sentido que el ejecutado pueda no oponer a la ejecución un determinado hecho extintivo o excluyente, consintiendo que la ejecución siga adelante, y que se le permita coetánea o posteriormente incoar un proceso declarativo frente al ejecutante pretendiendo —con base en una *causa petendi* que pudo hacer valer por vía de excepción— la restauración del estado de cosas anterior a la ejecución más los daños y perjuicios causados, y costas. Por ello consideramos que *la decisión del incidente de oposición —o su no incoación— produce cosa juzgada: una cosa juzgada parcial que abarca aquello que fue efectivamente alegado o que pudo ser alegado en él*. En definitiva, el mismo resultado que había alcanzado la jurisprudencia y buena parte de la doctrina en interpretación del derogado artículo 1479 LECA. En todo caso, conviene precisar que esa preclusión y consecuente cosa juzgada alcanza estrictamente a lo que fue o pudo ser objeto de oposición. No a lo que no pudo serlo. Así, respecto de aquellas excepciones que en la oposición están necesitadas de prueba documental (o incluso, más rigidamente, de prueba documental pública), nada impedirá su alegación posterior, siempre que la prueba que se proporcione sea distinta¹⁷.

Toda esta problemática es trasladable al incidente de oposición por motivos sustantivos (cláusulas abusivas), que ahora prevé el procedimiento de ejecución especial hipotecario. El artículo 695.4 LEC parecería dar a entender que el auto resolutorio del incidente que ordene el sobreseimiento, la inaplicación de una cláusula abusiva o bien desestime la oposición por existencia de cláusulas abusivas tiene efectos de cosa juzgada, pues se indica que «fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten». Y si bien resulta claro que lo que pudo ser alegado en el procedimiento ejecutivo hipotecario y no se alegó no puede ser objeto de un procedimiento posterior (pues el ejecutado tendría la carga de alegar tal causa de oposición en el ejecutivo), lo que no lo es tanto, es que quede excluido el declarativo posterior sobre la misma cuestión (que sí fue alegada y provocó la suspensión del procedimiento), por lo menos sobre la base de pruebas diferentes (en el incidente la prueba parece reducirse a la documental, *arg. ex* artículo 695.2 LEC). Pues si bien podrían producirse resoluciones judiciales contradictorias, lo que no es razonable en términos de seguridad jurídica, sí que es cierto que el ordenamiento permite tutelas sumarias, que luego pueden ser contradichas en procesos plenarios, lo que ocurre, por ejemplo, en los incidentes posesorios, donde se decide la tutela de quien era poseedor actual (frente al despojo o perturbación), sin perjuicio de un juicio petitorio plenario donde se discuta a quién corresponde el *ius possidendi*. En todo caso, lo que es incuestionable es que el Derecho procesal, en cuanto Derecho adjetivo, es un mero instrumento para obtener la tutela del Derecho sustantivo, y que, por lo tanto, está al servicio del logro de la justicia, no pudiendo las soluciones procesales constituir un obstáculo a la consecución de la cosa justa.

III. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DE CONTENIDO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

En todo caso, lo que continúa siendo prioritario es el control de contenido del contrato de préstamo hipotecario que puede verificarse en el incidente de oposición

por cláusulas abusivas, más allá de las cuestiones procedimentales. En este sentido, la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 resuelve las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, mediante resoluciones de 12 de agosto de 2013, en relación a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario cuando dichos intereses están fijados con arreglo a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo (Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013 de 14 de mayo). El TJUE responde a esta cuestión reiterando, en primer lugar, su doctrina de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuya al juez nacional la facultad de integrar el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando declare nula por abusiva una cláusula, modificando el contenido de esta. Seguidamente, el Tribunal señala que también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. No obstante, indica que esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias que representarían para él una penalización¹⁸, lo que entiende que no ocurriría en el caso presente, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serían necesariamente menores, al no incrementarse con los intereses de demora previstos por las cláusulas cuestionadas. Tras sentar estos principios el TJUE señala que el ámbito de aplicación de la Disp. Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, no coincide con el de la Directiva 93/13, pues el de aquella comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario (no solo el celebrado entre un profesional y un consumidor), por lo que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora, carácter abusivo que se aprecia de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración, y por lo tanto, las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, según el sistema jurídico nacional.

Por lo tanto «en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

De este pronunciamiento el TJUE extrae dos consecuencias: 1.^a) que la fijación por ley del límite máximo de tres veces el interés legal del dinero para los intereses de demora, no impide al juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula que fije un tipo inferior a dicho límite. No cabe, pues, considerar que «un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva. 2.^a) Si el interés de demora fijado es superior a tres veces el interés legal del dinero y por lo tanto, debe ser objeto de limitación en

virtud de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, «tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula ... todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula».

La STJUE de 21 de enero de 2015 vendría, pues, a dejar una gran libertad al juez nacional en la aplicación de la Ley 1/2013, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, por un lado no impediría el recálculo con arreglo a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, pero al mismo tiempo dejaría que el juez nacional, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, y las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato¹⁹, entre ellas, las consecuencias de dicha cláusula en el marco del Derecho aplicable al contrato, considerase que la cláusula de intereses moratorios pactada fue abusiva, extraer todas las consecuencias que de tal declaración se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a la eliminación de la cláusula del contrato²⁰, supuesto en el cual, procedería interpretar el artículo 579, 671 y concordantes en el sentido que ya indicamos en un trabajo anterior²¹.

IV. CONCLUSIONES

I. La STJUE de 17 de julio de 2014 ha motivado la reforma del artículo 695.4 LEC, reforma que sin embargo plantea nuevas cuestiones procesales, como la relativa a la carga de plantear el incidente de oposición por cláusulas abusivas para el deudor hipotecario y la posibilidad o no de abrir un procedimiento declarativo posterior sobre las mismas cláusulas abusivas alegadas en el ejecutivo, cuando es desestimada la oposición (incluso en apelación).

II. Pese a la importancia que las cuestiones procesales puedan tener, lo verdaderamente relevante es el control de contenido del contrato de préstamo hipotecario. La STJUE de 21 de enero de 2015, al considerar que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tiene un ámbito de aplicación no coincidente con el de la Directiva 93/13 concluye que el límite legal de tres veces el interés legal del dinero para los intereses moratorios en los contratos de préstamo hipotecario destinados a adquisición de vivienda habitual, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula por la que se establezcan intereses de demora inferiores o superiores, lo que dependerá de si tal cláusula puede ser considerada abusiva de acuerdo con los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, pudiendo en este último caso, extraer todas las consecuencias que de tal declaración de abusividad se derivan de la Directiva 93/13 (anulación de la cláusula y su eliminación del contrato).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015

- ATC de 19 de junio de 2011
- ATC de 10 de marzo de 2014

- STS, Sala 1.ª, de 24 de noviembre de 2014
- AJPI núm. 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010
- AJPII núm. 7 de Avilés, de 14 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 34 de Barcelona, de 28 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 20 de Barcelona, de 15 de enero de 2014
- RDGRN de 11 de mayo de 2001
- RDGRN de 20 de julio de 2005

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.ª J. (2014). Nueva llamada de atención por parte del TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2014 respecto de las deficiencias del procedimiento hipotecario español: modificación del artículo 695.4 LEC y otras reformas legales que resultan necesarias. *Diario La Ley*, núm. 8381.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. (2014). El principio *pro-consumatore* comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/2014). *Diario La Ley*, núm. 8413.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, I. (2000). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1). La defensa jurídica del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 273-357.
- (2013) (2). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4253-4279.
- (2014). Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013 «anti-desahucios» y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1490-1518.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2014). Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior. *Diario La Ley*, núm. 8391.

NOTAS

¹ Artículo 695.4 LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15 de mayo de 2013): «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten».

² Artículo 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/391): «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá

hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

³ Artículo 7.1 Directiva 93/13: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

⁴ Artículo 552.1 LEC: «Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución. Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a LEC».

⁵ Artículo 698 LEC: «1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente Capítulo [Capítulo V, Título IV, Libro III «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»]. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias. 2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este Capítulo, deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionar al acreedor. 3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención».

⁶ Artículo 131 LH: «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se hayan cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto». Artículo 133 LH: «El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la LEC. El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación». Artículo 134 LH: «El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento...».

⁷ La problemática que dio lugar a esta STJUE había sido planteada también ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013 por diputados del Grupo Parlamentario Socialista. En este recurso se señalaba que la Ley 1/2013 en su artículo 7, que modificaba el artículo 552 LEC, añadiendo un párrafo 2.º al

apartado 1, recogía la posibilidad de que el tribunal pudiese apreciar de oficio una cláusula abusiva, en el momento de decidir sobre el despacho de la ejecución, pero no, a juicio de los recurrentes, el estricto deber de control de apreciar de oficio las cláusulas abusivas del título ejecutivo. Por otro lado, la Ley 1/2013, al mismo tiempo que había añadido un párrafo segundo al artículo 552.1 LEC, no había modificado el artículo 552.2 que prevé la posibilidad de que el acreedor pueda apelar el auto que deniegue el despacho de la ejecución. Antes de la reforma operada por la Ley 1/2013, según los recurrentes era lógico que solo el acreedor pudiera recurrir la decisión denegatoria del despacho de la ejecución, porque en esta etapa inicial del procedimiento el deudor no había sido incorporado como parte. La falta de despacho de la ejecución, basada en la falta de alguno de los requisitos formales a cargo del acreedor, solo podía perjudicar a este y era lógico que solo él pudiese recurrir la decisión. El problema radicaría en que el artículo 7. Uno de la Ley 1/2013 introduciría un cambio sustancial al incorporar como parte al deudor, pues a este se le da traslado para ser oído sobre las cláusulas apreciadas de oficio por el juez que puedan ser abusivas. Sin embargo, al quedar inalterado el artículo 552.2 LEC, cuando era necesaria su reforma, parecería como discriminatoria la posibilidad de recurrir por una parte (el acreedor) y no por la otra (el deudor), lo que vulneraría el artículo 14 en relación con el artículo 24 CE, por situar al deudor en clara e injustificada situación de desigualdad procesal frente al acreedor, no habiendo razón objetiva que justificase la desigualdad de tratamiento legal. *Un razonamiento similar, señalaban los recurrentes, podría aplicarse respecto del artículo 7. Catorce de la Ley 1/2013 que da nueva redacción al artículo 695.4 LEC, según el cual solamente cabría recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición del deudor por existencia de cláusulas abusivas, en el caso de ser apreciadas por el juez (e inaplicadas) o en el caso de sobreseerse la ejecución (por fundamentar esta la cláusula en cuestión), pero no si la oposición del deudor es desestimada, de modo que la parte ejecutada no podría discutir en apelación sobre el contenido abusivo (no apreciado por el juzgador de instancia) de los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios.* Se recurrían, pues, los artículos 7. Uno y Catorce de la Ley 1/2013, por violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por la ley. También el AJPII núm. 7 de Avilés, de 14 de noviembre de 2013, había planteado una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 695.4.2.º en relación con el artículo 695.1.4.º de la LEC, cuestión que fue inadmitida por ATC de 10 de marzo de 2014, por entender que en el Auto de planteamiento faltaba una determinación concluyente del juicio de aplicabilidad y relevancia, al no presentarse el precepto cuestionado como decisivo para la resolución del incidente, lo que impedía determinar si daría lugar o no a la aplicación del párrafo segundo del artículo 695.4 LEC; al no constar tampoco cuál sería la intención impugnatoria de la parte ejecutada en caso de no obtener satisfacción a su pretensión en la resolución judicial, como no podía ser de otro modo antes del dictado de la misma; y finalmente, al no existir la conexión necesaria entre el fallo y el párrafo segundo del artículo 695.4 LEC en los términos que el Juez aducía. Por su parte, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 34 de Barcelona, mediante Auto de 28 de noviembre de 2013, había planteado cuestión prejudicial al TJUE en relación con la Ley 1/2013, por idénticas razones.

⁸ ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 7.

⁹ La Disposición Transitoria 4.ª del RD-Ley, relativa al régimen transitorio en los procedimientos de ejecución señala: «1. Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera del presente Real Decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC. 2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 LEC, en la redacción dada por este Real Decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la LEC. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley. 3. 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».

¹⁰ Muestra de ella es el Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, que resuelve un incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria, en el que se solicitaba plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, excluía la revisión de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor (16 de mayo de 2013) y que la preclusión judicial en ella regulada vulneraba la STJUE de 14 de marzo de 2013 y la doctrina de dicho Tribunal, que no sería compatible con la prohibición a los órganos judiciales de apreciar de oficio la abusividad de una cláusula, una vez expirado un plazo de preclusión; plantear cuestión de inconstitucionalidad por entender que la notificación excepcional prevista por la citada Disposición Transitoria violaba el derecho a la tutela judicial efectiva al eximir al juez de notificar al ejecutado sus medios de defensa; y por entender que el artículo 695.4 violaba igualmente el artículo 24 CE al no permitir recurrir en apelación al ejecutado hipotecario si el incidente de oposición por cláusulas abusivas era desestimado. Sobre la base de estas cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad alegadas se solicitaba la suspensión del procedimiento en virtud del artículo 43 LEC. De forma subsidiaria, se alegaba la existencia de una serie de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. En relación con la posibilidad de plantear sendas cuestiones prejudiciales, el Juzgado señala que la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, no priva al juez de la posibilidad de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los procedimientos que ya se hubiesen iniciado antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, y que tal control en la práctica se está verificando especialmente en materia de intereses moratorios. Por otro lado, al no establecer ni la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, ni ninguna otra norma de la legislación procesal civil, un momento procesal a partir del cual no se pueda ya apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, rige el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que tal apreciación de oficio es posible en el momento en que se tenga conocimiento de dicha abusividad. Cuestión distinta es que se fije un plazo de un mes para plantear el incidente extraordinario de oposición, plazo que el juzgado considera que no es escaso y que no es contrario a la protección de los consumidores, pues es el triple del que se establece con carácter general para las oposiciones a las ejecuciones, y que además se suspende si el ejecutado solicita el beneficio de justicia gratuita. Además se señala que en los procedimientos en trámite el ejecutado o está personado o no lo está por propia decisión suya, por lo que el profesional que ha sido designado con anterioridad ya conoce la causa. Por otro lado, el no exigir una notificación personal a los ejecutados para formular el incidente extraordinario de oposición, no se considera contrario al artículo 24 CE, ya que el ordenamiento jurídico establece que las normas se publican en un diario oficial que es de acceso público y pasado un tiempo de su entrada en vigor, producen los efectos que se regulan, habiendo además tenido la norma bastante publicidad en los medios de comunicación. Y en cuanto a la imposibilidad de recurrir la desestimación de la oposición por existencia de cláusulas abusivas, señala que no es posible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque de acuerdo con el artículo 35 LOTC se exige que de la constitucionalidad o no de la norma dependa el fallo que se va a dictar en el procedimiento donde se plantea la cuestión, siendo la declaración de abusividad o no de las cláusulas discutidas independiente de que la resolución se pueda recurrir o no, y siendo relevante la constitucionalidad del precepto discutido en un momento posterior al auto resolutorio del incidente de oposición, si el ejecutado quisiese apelar la resolución y no pudiera en aplicación del artículo 695.4 LEC. Como cuestión previa al examen de las cláusulas discutidas, el Juzgado se pronuncia sobre el ámbito del incidente excepcional (y ordinario) de oposición a la ejecución hipotecaria, señalando que la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, introducida por la Ley 1/2013, no altera la naturaleza sumaria del procedimiento, lo que vendría corroborado por el inciso final del artículo 695.4 que señala que «los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo... sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten». Esto implicaría que la oposición por existencia de cláusulas abusivas solo se

referiría a las cláusulas que se estuviesen ejecutando, no a cláusulas que ni se están ejecutando ni se van a ejecutar en el procedimiento hipotecario ni en el eventual procedimiento de ejecución ordinario posterior, pues de lo contrario se estarían dictando resoluciones sin ningún tipo de efectividad. Optar por la opinión contraria desnaturalizaría el procedimiento de ejecución hipotecaria, atentaría contra el principio de seguridad jurídica y afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva tanto de las partes como de terceros afectados por la validez de las cláusulas, por ejemplo, en el supuesto de haberse obligado a contratar un seguro, pues habría partes interesadas que no podrían estar en el procedimiento hipotecario. Esta posición no causaría perjuicio al consumidor pues siempre podría alegar la abusividad de esas otras cláusulas en el procedimiento ordinario, pudiendo solicitar en este una medida cautelar para evitar los daños derivados de la aplicación de la cláusula abusiva. Entrando en el examen de la abusividad de las cláusulas cuestionadas, (interés moratorio del 19%), el Juzgado indica que el TJUE ha indicado en la STJUE de 14 de marzo de 2013 que para apreciar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, la autoridad judicial tendrá que tener en cuenta, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiese estipulado pacto al respecto, o en diferentes contratos de ese tipo celebrados por los consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al interés legal. El Juzgado considera, partiendo de estas consideraciones, que un interés moratorio del 19% es desproporcionado y abusivo ya que los intereses moratorios en operaciones comerciales a las que se refiere la Ley 3/2014, desde su regulación, nunca han superado el 11,5%; la mora de las entidades aseguradoras en caso de retraso en el pago de indemnizaciones a asegurados y perjudicados, según el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, consiste en el interés legal incrementado en un 50%; desde 2001, el interés legal más elevado lo fue en los años 2008 y 2009 al 5,50% y el interés de demora a efectos tributarios, tampoco ha superado el 7%; que el interés de demora procesal se fija en el interés legal más dos puntos y que la Ley 16/2011, de 24 de junio, reguladora de los contratos de crédito al consumo, establece que los créditos que se concedan en forma de descubiertos, en los contratos que permitan un descubierto tácito, no podrán aplicar un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. Igualmente la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (año de firma del contrato) fijaba el interés legal del dinero en un 5% y el interés de demora en un 6,25% y el interés de demora en operaciones comerciales del artículo 7 de la Ley 3/2014, fue fijado por Resolución de 26 de junio de 2007 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, para el segundo semestre natural del año 2007 en un 11,07%. Finalmente, la Ley 1/2013 en la actualidad fija como abusivos los intereses moratorios que sobrepasen tres veces el interés legal del dinero. En relación con los efectos de la apreciación de la abusividad (que el auto solo refirió a la cláusula de intereses moratorios), el Juzgado considera que no es correcta la interpretación de la parte ejecutante que entiende que de acuerdo con la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, lo procedente sería fijar unos intereses moratorios de tres veces el interés legal del dinero, realizando una nueva liquidación en ese sentido. El Juzgado considera que dicha interpretación no es correcta, porque cuando se firmó el contrato ya existía la Directiva 93/13 y con arreglo a ella se tenía que velar porque en los contratos no existiesen cláusulas abusivas, por lo que en aplicación del principio de efecto directo y primacía del derecho comunitario (incluida la Jurisprudencia del TJUE, y en particular la STJUE de 14 de junio de 2012), debe aplicarse lo dispuesto en esta sentencia, y no la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, y su recálculo, por ser contraria a la prohibición de integración que fija el derecho comunitario. Procede, pues, declarar la nulidad de dicha cláusula y aplicar como intereses moratorios los indicados en el artículo 1108 CC, como señala la SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 17 de junio de 2013, ya que si no hay pacto sobre interés de demora porque se declara nulo e inexistente, la indemnización de daños y perjuicios por la mora solo puede consistir en el interés legal, única medida del perjuicio ocasionado al acreedor por la mora. No procedería aplicar el artículo 576 LEC porque este interés agravado procede desde que se ha dictado sentencia u otra resolución condenatoria al pago en primera instancia, y aquí no se ha dictado tal resolución, sino que se ha requerido de pago por la cantidad manifestada por el acreedor.

¹¹ Según ACHÓN BRUÑEN «se debería permitir al ejecutado recurrir en apelación el auto despachando ejecución en el caso de que, con carácter previo, se hubiere considerado que ninguna de las cláusulas de la escritura de hipoteca resultaba abusiva, máxime cuando su oposición posterior por esta misma causa no siempre resulta admitida». A su juicio «la reforma del artículo 695.4 LEC por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, resulta incompleta al no haberse acompañado de otra que faculte al ejecutado a apelar el auto despachando ejecución cuando, con carácter previo y, previa audiencia de las partes por quince días, el Juez haya considerado que no procede declarar abusiva ninguna cláusula de la escritura de hipoteca (art. 552.1.II LEC). Con la legislación actual el auto despachando ejecución es irrecurrible (art. 551.4 LEC), lo que obedece a que se permite al ejecutado oponerse a la ejecución en el plazo de diez días; no obstante, en el caso que nos ocupa ni siquiera es una cuestión pacífica si el ejecutado va a poder oponerse alegando la abusividad de una cláusula que ya ha sido objeto de examen por el Juez antes de despachar ejecución». Y continúa señalando: «dada la falta de efectos de cosa juzgada de dicha decisión previa, se debería permitir la oposición posterior, pues en otro caso se está compeliendo al ejecutado a iniciar un juicio declarativo con dicho objeto. De todos modos somos conscientes de que la opinión que mantenemos no resulta pacífica, pronunciándose en contra parte de la doctrina que opina que únicamente se debería permitir al ejecutado oponerse a la ejecución por cláusulas abusivas cuando no se le hubiera dado audiencia en el incidente previo al auto despachando ejecución. No obstante, aun cuando se permitiera al ejecutado oponerse, a nadie se oculta que su oposición normalmente estaría abocada al fracaso, dado que va a conocer el mismo juez que consideró válida la cláusula impugnada, por lo que lo habitual será que la oposición sea desestimada con condena en costas. Todo ello permite plantearse si no sería más adecuado otorgar al ejecutado la facultad de apelar el auto despachando ejecución cuando el Juez, con carácter previo, se haya pronunciado sobre la validez de todas las cláusulas de la escritura de hipoteca *ex* artículo 552.1.II LEC, pues permitiría la revisión de la cuestión por otro Tribunal sin compeler al ejecutado a una oposición de dudosa viabilidad que va a conocer el mismo Juez» (ACHÓN BRUÑEN, 2014, 9-10).

¹² Así, ÁLAMO GONZÁLEZ señala que «si bien *a priori* puede ser favorable esta decisión legislativa [incidente de oposición que paraliza la ejecución] por razones indudables de economía procesal y en atención a los mayores costes del declarativo (por ejemplo, tasas judiciales) la cuestión debe analizarse, sin duda, con algunos matices: así, la oposición en la ejecución exige capacidad de postulación procesal al igual que en el proceso declarativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 539 LEC, y sin establecerse ninguna exoneración en los artículos 23 y 31 del mismo cuerpo legal. Además, si hacemos un análisis más detenido, resulta que este incidente insertado en la ejecución, supone en realidad una limitación temporal para el deudor ya que debe formular su oposición durante el curso de la ejecución hipotecaria, regida esta por la extrema celeridad. Esta limitación temporal no se da, sin embargo, en el proceso declarativo, el cual puede interponerse sin esa limitación de tiempo por la carencia de fuerza de cosa juzgada que reside en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Pero acontece que esto último debe además matizarse a tenor de la redacción actual del artículo 695, tras el nuevo RD-ley 11/2014: junto a los casos de sobreseimiento de la ejecución o de la inaplicación de una cláusula abusiva previstos ya anteriormente a esta reforma, ahora se incluye además el supuesto de la desestimación de la oposición y la posibilidad de la apelación, señalando a continuación que fuera de estos casos, y respecto a los autos que decidan la oposición «sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten»; *a sensu contrario* esto parece dar a entender que sí lo tendrán en estos casos mencionados, más allá de la ejecución. Dicho efecto supondría establecer límites temporales —en virtud de la duración de la ejecución— a la actuación del deudor, además de cerrarle las puertas a un proceso declarativo, que puede interponer con mayor plazo y tiempo para su preparación. Si resulta que a este incidente no se le dotara del efecto de cosa juzgada, resultaría ya innecesario establecer un incidente de oposición frente a cláusulas abusivas aparte del proceso declarativo, y por ende, una doble revisión de la cuestión. *Más bien se trataría de reconfigurar el papel del proceso declarativo.* Como la reforma del RD-ley 11/2014, de 5 de septiembre, supone *de facto* la paralización obligada de la ejecución a consecuencia de la interposición del recurso de apelación, resulta que las

justificaciones para evitar la vía del proceso declarativo, precisamente por su efecto suspensivo sobre la ejecución hipotecaria, quedan ya desvirtuadas. Además, la suspensión de la ejecución por cuestión de cláusulas abusivas ya existe, por ejemplo, en el caso del procedimiento notarial a través de la vía recogida en el artículo 129 LH, tras la reforma de la Ley 1/2013. Independientemente de las causas por las que un deudor decida acudir a un proceso declarativo en lugar de utilizar dicho incidente de oposición, lo que resulta evidente es que el legislador no puede cercenar las posibilidades de actuación frente a cláusulas abusivas, ya que, si el declarativo tiene el mismo objeto y finalidad de impugnación de las mismas, debe por consiguiente tener el mismo efecto suspensivo, siendo absurdo que a fecha actual en la regulación nacional carezca del mismo». (ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 10-11). El autor concluye señalando que una alternativa para lograr el equilibrio entre la celeridad del crédito y el principio *pro-consumatore* sería el mantenimiento de la anotación preventiva de la demanda del proceso declarativo interpuesto por el deudor, sin que se produzca el efecto de purga señalado en el artículo 131 LH. «Si bien es cierto que la *anotación preventiva* pone de manifiesto la existencia de una situación litigiosa y, en consecuencia, de incertidumbre para los terceros adquirentes respecto al resultado de la subasta en el proceso de ejecución —mermando así la seguridad y confianza de estos—, sin embargo, la lesión al principio de tutela privilegiada en este caso sería mucho menor que en el supuesto de la suspensión de la ejecución [en caso de una modificación legislativa del artículo 698 LEC], aparte de que otorgaría una mayor eficacia al proceso declarativo de la que dispone con la regulación actual» (ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 12-13). El autor propone también, que la interposición de un proceso declarativo del artículo 698 LEC suspenda solo la segunda fase de la ejecución (art. 579 LEC), *cuando el resultado de la declaración de la nulidad de una cláusula solo suponga una reducción de la cantidad debida, sin alterar sustancialmente la necesidad inexcusable de enajenar el inmueble para el pago de la deuda restante*. Como la legislación ya contemplaría supuestos en lo que es posible continuar una ejecución por una cantidad parcial, no fijada indubitadamente en el inicio (así los arts. 21 y 558.1 LEC), sin perjuicio de la determinación definitiva de la cantidad tras resolverse la controversia planteada que lo impide, considera que habría que articular una vía similar mediante una resolución dictada en el curso de la primera fase que comprenda las cantidades indubitadas y dejar la determinación definitiva para la segunda fase de la ejecución y el pronunciamiento en el declarativo (ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 13-14). La RDGRN de 11 de mayo de 2001 versó sobre dos procedimientos judiciales sumarios del artículo 131 LH, en los que se adjudicó a doña Josefa M. P. dos viviendas sitas en Badalona. Presentado en el Registro de la Propiedad núm. 1 de dicha ciudad el testimonio de los autos de adjudicación, y los mandamientos cancelatorios de las hipotecas que dieron lugar a los procedimientos y de todas las cargas y anotaciones posteriores a las mismas, el Registrador suspendió la cancelación ordenada en el mandamiento por existir en el Registro una anotación de querella a favor del Banco Central Hispanoamericano, S.A. por supuesto delito de alzamiento de bienes. Doña Josefa interpuso recurso gubernativo contra la negativa del Registrador de la Propiedad y el presidente del TSJ de Cataluña revocó la nota del Registrador, alzándose este contra tal decisión a la DGRN que acordó estimar parcialmente el recurso. La Registradora alegó que suspendía la cancelación por la aplicación de los últimos párrafos del artículo 132 LH, donde se preveía que el deudor podía acudir a un juicio plenario para debatir sobre la nulidad de la hipoteca, lo que podía producirse tanto por vía de demanda de nulidad como por vía de querella en que se pida la nulidad de la hipoteca, como ocurría en el presente caso. Que, por tanto, había inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que por su especialidad no pueden ser canceladas, lo que ocurriría cuando se tratase de asientos posteriores que pusiesen en entredicho la hipoteca misma, base del procedimiento judicial sumario. Lo procedente en cuanto a estas anotaciones sería no cancelar, pues se podría producir indefensión del demandante (art. 24 CE). Que había que partir de la naturaleza del procedimiento judicial sumario que no es la de un juicio ordinario, pues no se puede plantear en él ninguna excepción ni alegación y que el TC en varias sentencias había salvado la constitucionalidad del artículo 131 LH, precisamente porque permitía la interposición de demanda (a la que es equiparable la querella de nulidad) en el correspondiente juicio declarativo ordinario, pues en caso contrario, el deudor que-

daría en completa indefensión. Alegaba en aval de su tesis la STS de 18 de noviembre de 1993. La DGRN señaló lo siguiente: «Se debate pues en el presente recurso si procede o no cancelar las cargas posteriores a una hipoteca en virtud de su ejecución y a la vista del mandamiento que ordena tal cancelación, cuando en el folio abierto a la finca hipotecada aparece anotada con posterioridad a la hipoteca ejecutada una querella en la que, según el Registro, se solicitó se declarase la nulidad del acto mediante el cual la finca fue gravada con la hipoteca ahora ejecutada y entre los querellados aparece determinada persona física en su calidad de administrador de la entidad a cuyo favor está constituida la hipoteca. En el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca, puesto que no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la querella interpuesta, es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento abierto a consecuencia de aquella. La inscripción de la adjudicación realizada es el último acto del desenvolvimiento de un derecho, el de hipoteca, que, aunque esté cuestionado, se presume todavía vivo. Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos anunciados en la anotación de querella. Al cumplimentar el auto en cuanto ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que gravan las fincas, posteriores a la expedición de la certificación que determina la regla cuarta del artículo 131 LH [certificación de dominio y cargas], no cabe comprender, entre los asientos cancelables, el relativo a la querella anotada a pesar de que tal cancelación podría parecer que viene impuesta por la regla 17 del mismo artículo. *Para conocer el alcance cancelatorio que ha de tener el auto debe tenerse presente la naturaleza de la enajenación forzosa que la hipoteca provoca. Esta enajenación constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca y, por tanto, «in nuce», la enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca. El principio de prioridad y los principios que rigen las adquisiciones derivadas exigen que la ejecución hipotecaria comporte, si, la resolución y cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que reflejen actos dispositivos del titular registral posteriores a la constitución de hipoteca ya sean anteriores o posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas («resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum»).* Pero, en cambio, ni pueden quedar afectadas las cargas o gravámenes anteriores, ni la adquisición por el remate o adjudicación puede tener por sí —y a salvo, en su caso, lo dispuesto por el artículo 34 LH cuando se cumplan sus requisitos— más fuerza que la que, «in nuce», correspondía al derecho de hipoteca mismo, de modo que si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión. Un asiento registral como es el de la anotación de una querella, practicado en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud solo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca. Respecto de tal asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial. Esta es la solución correcta de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en el momento de producirse la calificación. Sin embargo, no debe aquí silenciarse el hecho de que, respecto de los procedimientos ejecutivos hipotecarios nacidos bajo el imperio de la nueva LEC... la solución solo podrá seguir siendo esta cuando la anotación sea anterior a la nota de expedición de certificación de cargas». La Disposición Final 8.^a de la LEC dio nueva redacción al artículo 131 y 134 LH, redacción que hemos reproducido *ut supra*. Diferentemente, la RDGRN de 20 de julio de 2005, aplicando la nueva redacción de estos preceptos, confirmó la nota de calificación por la que el Registrador de la Propiedad se negó a tomar anotación preventiva de una demanda, acordada en un procedimiento de medidas cautelares, anotación que había sido practicada en su día, si bien posteriormente fue cancelada como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Se trataba de una anotación preventiva de demanda de nulidad de una hipoteca que, constando ya anotada en el Registro, fue cancelada, como consecuencia del procedimiento de ejecución de la referida hipoteca. La DGRN señala que lo que se cuestiona en este recurso gubernativo es precisamente la can-

celación de la primera anotación dado que no existió mandamiento cancelatorio ordenado por el tribunal que instó su práctica (diverso del que conoció la ejecución hipotecaria). La DGRN indica que «la anotación preventiva de demanda que se interesa recae sobre fincas inscritas a nombre de persona distinta de aquellas contra las que se dirige el procedimiento, resultando de plena aplicación el principio de tracto sucesivo que recoge el artículo 20 LH. En este sentido destacan, entre otras, las RRDGRN de 17 de noviembre de 1999, 19 de febrero y 6 de junio de 2000. En cuanto a la cancelación de la anotación de demanda ya practicada... cabe atender a lo señalado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Disposición Final 8.^a, apartado 6 de la LEC. Conforme a la misma «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...». ...Para que un asiento, como el de la anotación de demanda, que cuestiona la validez y eficacia de la hipoteca, se mantenga sin ser cancelado es preciso que la anotación sea anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Así, del recurso se desprende que la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca, no fundada en ninguna de las causas de suspensión u oposición conforme a los artículos 695 a 697 de la LEC, fue extendida con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas y, por ello, correctamente cancelada en virtud del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas ordenado por el juez conocedor de la ejecución, al amparo del artículo 134 de la LH».

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, *et al*, 2000, 310. El artículo 695.2 LEC señala, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día».

¹⁴ Artículo 564 LEC: «Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio [si se está ejecutando una sentencia judicial] o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda».

¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, *et alii*, 2000, 103-104.

¹⁶ Artículo 400 LEC: «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este*».

¹⁷ En relación con una ejecución ordinaria de título no judicial, basada en una póliza de crédito, con cláusula de vencimiento anticipado, *vid.*, la STS, Sala 1.^a, de 24 de noviembre de 2014. Las compañías mercantiles ejecutadas (que no se habían opuesto a la ejecución), plantearon un procedimiento declarativo ordinario al amparo del artículo 564 LEC alegando, fundamentalmente, que la cláusula contractual de vencimiento anticipado era una cláusula oscura, que no podía ser interpretada en el sentido de que el impago de una sola cuota constituyera causa de vencimiento anticipado del crédito, y que era ineficaz la resolución contractual y el vencimiento anticipado base de la ejecución. La demanda fue desestimada en primera instancia por existir cosa juzgada al amparo de los artículos 421.1.2.^o

y 222.4 LEC, sentencia que fue confirmada en apelación por entenderse que lo alegado en dicha demanda de juicio ordinario podía haber sido opuesto por las hoy demandantes en el proceso de ejecución. Las actoras-apelantes interpusieron entonces recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Aquel se fundamentaba por las recurrentes en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por haber apreciado indebidamente la cosa juzgada, ya que en su opinión, la sentencia recurrida al admitir la posibilidad de oponer en procedimiento de ejecución cuestiones referentes a la interpretación del contrato incorporado al título, asimila el ámbito de conocimiento de los motivos procesales y de fondo de una ejecución de títulos no judiciales (en este caso artículo 559.1.3.º LEC) al de un juicio cambiario en el que la oposición se sustancia entre quienes fueron parte en la relación causal subyacente (art. 824.2 LEC y art. 67 LCCH al que se remite). Siendo insostenible que una discrepancia sobre la interpretación de una cláusula del contrato, sin pretender su nulidad, tenga cabida en el motivo tasado y estricto de «nulidad radical» del artículo 559.1.3.º LEC, porque para esto haría falta que dicho precepto dispusiera algo similar a lo que para el juicio cambiario entre partes causales dispone el artículo 67 LCCH, y además las cuestiones atinentes a la interpretación contractual normalmente no se pueden resolver con mera pruebas documentales y lo que caracteriza a la oposición por defectos procesales a una ejecución de títulos no judiciales es precisamente su sumaria y limitación de conocimiento y medios de prueba. Es más, a la hora de determinar el alcance de la cosa juzgada el TS requiere que se trate de una causa de oposición que, en la ejecución previa, haya podido ser totalmente discutida, lo que no sería el caso de una controversia sobre interpretación del contrato. Además el artículo 698 LEC constituiría un reconocimiento implícito de que las cuestiones de interpretación de una cláusula relacionada con el vencimiento anticipado de una deuda no tienen cabida en la «nulidad radical del despacho de ejecución» del artículo 559.1.3.º LEC, al remitir al juicio declarativo las reclamaciones «que versan sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda». El TS consideró que tomando conjuntamente en consideración los artículos 222, 400, 549, 550, 551, 552, 557, 559, 561 y 564 y las SSTs de 13 de febrero de 2012, 9 de marzo de 2012, 24 de abril de 2013, y otras relativas al antiguo artículo 1479 LEC de 1881, como las SSTs de 4 de noviembre de 1997, 11 de marzo de 2003, 10 de diciembre de 2003 y 5 de abril de 2006, se desprende que «las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, sí son oponibles en el proceso de ejecución» y que «el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior, pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución». «Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión «... a los solos efectos de la ejecución ... del artículo 561 LEC, o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el artículo 559.1.3.º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que la redacción del artículo 564 LEC, y sobre todo el control de oficio que los artículos 549, 551 y 552 imponen al juez, llevan a concluir que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los artículos 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda. Esta oposición del ejecutado tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el artículo 559.1.3.º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales [la demanda ejecutiva se presentó con fecha 1 de diciembre de 2009, dictándose auto de despacho de la ejecución el 3 de diciembre de 2009] y debe seguir considerándose así, pues aun cuando el artículo se titule «Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales», entre estos han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución, como son la falta de nacimiento de la obligación por estar supeditada a una condición suspensiva, su carácter no exigible por no haber vencido todavía... A su vez, la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso

de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del artículo 400 LEC en relación con su artículo 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula, pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión. En suma, esta Sala considera que su doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1479 LEC de 1881 debe ser mantenida en la interpretación del artículo 564 de la vigente LEC de 2000 [doctrina, según la cual, las sentencias de los juicios ejecutivos sí excluían el declarativo posterior sobre cuestiones opuestas o que hubieran podido oponerse en aquellos]. El Tribunal desestima, pues, el recurso por infracción procesal, ya que lo que la parte demandante-recurrente presenta como un problema de interpretación del contrato de crédito, es en realidad un problema de vencimiento de la obligación, y por tanto, de si esta era o no exigible. En consecuencia, del mismo modo que el juez tenía que examinar de oficio si la cláusula de vencimiento anticipado justificaba que un solo impago parcial de intereses podía ser determinante de la resolución del contrato y del carácter exigible de la inmediata y total devolución del préstamo (conformidad de los actos de ejecución «con la naturaleza y contenido del título», art. 551.1 LEC), así también la parte ejecutada habría podido oponer la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3.º LEC, en su redacción aplicable al caso por razones temporales). Finalmente el Tribunal señala que «la propia conducta procesal de la parte hoy recurrente, pretendiendo eludir en su momento tanto las comunicaciones de Caja Círculo acerca del vencimiento anticipado y resolución del contrato cuanto las notificaciones y requerimientos judiciales subsiguientes al despacho de la ejecución, demuestra que la interpretación de esta Sala es la más acorde con el espíritu y finalidad de las normas aplicables, porque en otro caso se fomentaría la pasividad de mera conveniencia en el proceso de ejecución para intentar paralizarlo, o al menos privarle de eficacia, mediante la incoación de un juicio declarativo posterior sin sujeción a plazos temporales ciertos».

¹⁸ En este sentido, STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13). El tribunal resuelve aquí una cuestión prejudicial planteada por la Curia de Hungría el 15 de enero de 2013, acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera (francos suizos). Unos prestatarios habían concluido con Jelzálogbank un préstamo hipotecario denominado en divisas y garantizado mediante hipoteca. El préstamo concedido lo fue por un importe de 14.400.000 forintos húngaros (HUF), estableciendo la cláusula I/1 que la determinación de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera (franco suizo, CHF), ascendiendo así el préstamo a 94.240,84 francos suizos. Los prestatarios debían devolver dicha suma en 25 años mediante cuotas mensuales denominadas en francos suizos. De acuerdo con la cláusula III/2 del contrato, el prestatista fijaría el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa extranjera. De manera que si el precio de venta del franco suizo ascendía, ascendía el importe de la cuota de amortización. Si el precio de venta bajaba, bajaba la cuota de amortización del préstamo. Los prestatarios ejercieron una acción contra la entidad financiera alegando el carácter abusivo de dicha cláusula. En instancia y en apelación se estimó la demanda. El órgano de apelación consideró que Jezálogbank hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, de la cotización corriente del franco suizo, considerando que al no realizar ninguna prestación de servicios financieros de compra o venta de divisas, no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual. Dicho órgano concluyó igualmente que la cláusula III/2 no era clara y comprensible, porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. La entidad financiera recurrió en casación ante la Curia, que planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE. Por un lado, si teniendo presente el artículo 4.2 de la Directiva que señala que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio o retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como

contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», si la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa de un préstamo denominado en moneda extranjera y que debe ser devuelto en moneda nacional, que no ha sido objeto de negociación individual, puede ser considerada como «definición del objeto principal del contrato», o en su defecto, si la diferencia entre el tipo de cambio de compra y venta de la divisa constituye una retribución cuya adecuación al servicio prestado no puede ser analizada para apreciar su carácter abusivo según el citado artículo 4.2. Por otro lado, si hay que interpretar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el tribunal nacional, con independencia de lo dispuesto en su derecho nacional, puede examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refiere dicho precepto, siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, entendiendo por este último requisito no solo la claridad desde el punto de vista gramatical, sino también que deben ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales. Y finalmente, si sobre la base del artículo 6.1 de la Directiva, la eliminación de una cláusula abusiva debe producirse sin integración del contrato, aunque el contrato no pueda subsistir sobre la base de las cláusulas restantes, teniendo o no relevancia la existencia de una norma supletoria nacional que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule, en su lugar, la cuestión jurídica de que se trate. En relación con la primera cuestión prejudicial planteada, el TJUE indica que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que la apreciación del carácter abusivo no abarque las estipulaciones esenciales del contrato, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. Ahora bien, al establecer el artículo 4.2 una excepción al control de fondo de las cláusulas abusivas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Corresponde al tribunal remitente pronunciarse sobre la calificación de la cláusula III/2 en cuanto a si integra o no el objeto principal del contrato en función de las circunstancias propias del asunto de que conoce, pero el TJUE es competente para deducir del artículo 4.2 de la Directiva, los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula a la luz de dicha disposición. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sentado lo anterior, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato. Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista.

El artículo 4.2 excluye también del control de abusividad la adecuación entre el precio o retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. «Como ha observado el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control». Pero esa exclusión «no se puede aplicar a cláusulas que, como la cuestionada, se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante, el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «retribución»...». En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE indica que si, atendiendo a la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente llegara a considerar que la cláusula III/2 forma parte del objeto principal del contrato, solo estaría excluida la apreciación de abusividad si la cláusula estuviera redactada de forma clara y comprensible. El artículo 209.4 del CC húngaro que pretendía transponer el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no contenía esa exigencia de redacción clara y comprensible, pues solo indicaba que

«las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación». Pero el Tribunal recuerda que «cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase, en particular, la sentencia OSA, C-351/12)», si bien tal interpretación no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Si, teniendo en cuenta este principio de interpretación conforme así delimitado, la Curia llegara a considerar que la disposición nacional puede entenderse en el sentido de que exige una redacción clara y comprensible, se plantearía la cuestión del alcance de esta exigencia. La exigencia del artículo 4.2 de la Directiva, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 («En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible...»). «Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional... Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical». Dicha exigencia de transparencia debe entenderse en forma extensiva dado que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información. En relación con la cláusula III/2, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo, de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato exponía de manera transparente el motivo y particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. El Tribunal remitente debe determinar si, a la vista de la publicidad e información ofrecidas por el prestamista, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución, y por tanto, el coste total de su préstamo. En relación con la tercera cuestión prejudicial, el TJUE indica que su jurisprudencia ha indicado que el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permita al juez nacional, cuando este constata la nulidad de una cláusula abusiva, integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula, dado que de lo contrario se podría poner en peligro el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de esos profesionales. «Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Por el contrario, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de esa clase, que se presume no contiene cláusulas abusivas, según expresa el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, está plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula III/2 y siga obligando a las partes. En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se

ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas... En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como estas en los contratos que ofrezca. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

¹⁹ *Vid.*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1) y (2).

²⁰ *Vid. ut supra*, Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. En la Jornada de Unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013, se determinó que «con independencia de lo que establecen los artículos 114 de la LH y 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, se considera abusivo en los contratos con consumidores los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». El efecto de la declaración de abusividad debe ser «la nulidad e ineficacia absoluta del pacto sobre intereses moratorios» y «en el caso de un procedimiento de ejecución, declaración de nulidad del despacho de la ejecución, considerando ilíquida la deuda reclamada, por comprender la liquidación por vencimiento anticipado intereses de demora, siempre que no se pueda determinar el importe de los intereses moratorios anulados e incluidos en la liquidación por el tribunal».

²¹ *Vid.*, sobre las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, JIMÉNEZ PARÍS, 2014 y sobre la interpretación del artículo 671 y 579 LEC y concordantes, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (2).