

1.7. Concursal Civil

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

On the problems deriving from the application of Law 1/2013, the «anti-eviction» law, and Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, in recent national caselaw

por

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

RESUMEN: La Ley 1/2013 «anti-desahucios» está suscitando numerosos problemas en su aplicación, en particular su Disposición Transitoria 2.^a (relativa a los intereses de demora de préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre vivienda habitual), en relación con el nuevo apartado 3.^º del artículo 114 LH, relativo al límite establecido para dichos intereses de demora. La cuestión más controvertida es la determinación de las consecuencias jurídicas que tiene la apreciación por el juzgador de la existencia de una cláusula de intereses moratorios abusiva, existiendo en relación con este problema, tres cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la UE, así como numerosa jurisprudencia de variado signo. En otro orden de cosas, se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad ante el TC y una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posible desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor a la hora de recurrir el auto por el que se despacha ejecución y el auto resolutorio del incidente de oposición que desestimase la planteada por el deudor hipotecario alegando la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. También se cuestiona ante el TC la posible desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor hipotecario en relación con el procedimiento de venta extrajudicial, al obligarse al deudor a realizar una actividad positiva de impugnación de las cláusulas abusivas ante los Tribunales, para lograr la suspensión de dicha venta.

ABSTRACT: *The implementation of the «anti-eviction» Law 1/2013 is causing many problems, especially with regard to its Second Transitional Provision (relating to default interest on mortgage-backed loans secured on a person's main residence), in relation to the new section 3 of article 114 of the Mortgage Law, relating to the cap imposed on the said default interest. The most disputed question is the determination of the legal consequences arising in the event the judge decides that the clause on default interest is unfair, and in respect of this problem, three pre-trial questions have been submitted before the European Court of Justice, as well as ample caselaw reaching diverse conclusions. Meanwhile, an appeal for unconstitutionality has been filed before the Constitutional Court, along with a question of unconstitutionality in relation to the possible lack of a level playing field that would leave the mortgagor short of procedural resources when appealing the foreclosure order and the order concluding the opposition hearing dismissing the appeal filed by the mortgagor alleging that the executive title contains unfair clauses. Another*

possible lack of a level playing field in terms of the procedural resources available to the mortgagor is also being questioned before the Constitutional Court in relation to the procedure for extra-judicial sale, given that the mortgagor is compelled to perform a positive act in challenging the unfair clauses before the Courts in order to be able to suspend the sale.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Intereses moratorios. Protección del consumidor.

KEY WORDS: Mortgage foreclosure. Default interest. Consumer protection.

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 2, DE MARCHENA.—II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA, NÚMERO 2, DE SANTANDER.—III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 1, DE MIRANDA DE EBRO.—IV. OTROS ASPECTOS DE LA LEY 1/2013 «ANTI-DESAHUCIOS» CUESTIONADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 2, DE MARCHENA¹

La aplicación de las disposiciones introducidas 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, en particular de su Disposición Transitoria 2.^a (relativa a los intereses de demora de préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre vivienda habitual) en relación con el nuevo apartado 3.^º del artículo 114 LH (introducido por el art. 3.Dos de la citada ley), está suscitando una nueva problemática consistente en la determinación de las consecuencias jurídicas que tiene la apreciación por el juzgador de la existencia de una cláusula de intereses moratorios abusiva².

Esta pregunta es la que traslada el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 2, de Marchena, en Auto de 16 de agosto de 2013, al TJUE, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial.

El 26 de febrero de 2013, la entidad BBVA interpuso demanda de ejecución hipotecaria, solicitando que se despachase ejecución por la cantidad de 184.714,45 euros de principal más la cantidad que resultase en concepto de intereses y costas. La demanda partía del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 6 de julio de 2007, en virtud del cual BBVA había concedido a los demandados un préstamo hipotecario por importe de 191.550 euros, con un plazo de amortización de cuarenta años, unos intereses ordinarios al tipo máximo del 12 por 100 nominal anual, una cláusula de vencimiento anticipado y la siguiente cláusula (cláusula sexta) de interés de demora: «En caso de no satisfacerse a la entidad prestamista, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las su-

mas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, se aplicará el 19 por 100 de interés. Los intereses de demora se liquidarán por meses naturales. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio»³.

El Juzgado, mediante providencia de 22 de abril de 2013, dio traslado a las partes a los efectos de decidir si había nulidad en la cláusula de intereses moratorios y vencimiento anticipado. El 3 de mayo, el ejecutante presentó escrito de alegaciones. Los *deudores hipotecarios, por su parte, no se habían personado en el procedimiento. Teniendo dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, el Juzgado plantea cuestión prejudicial al TJUE en relación con las consecuencias jurídicas de determinar la nulidad de una cláusula de intereses moratorios abusiva.* En este sentido señala que en el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3.3 de esta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusula abusiva, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Que el artículo 6.1 de la Directiva, por su parte, impone a los Estados miembros la obligación de establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y *dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.* La jurisprudencia comunitaria habría entendido que este precepto es una disposición imperativa que trataría de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pudiese restablecer la igualdad entre estas. Pero el artículo 83 del TRLGDCU (norma nacional) señalaría que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato...». Por su parte, el artículo 1258 del Código Civil indicaría que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Con arreglo a la doctrina del TJUE (SSTJUE, de 27 de junio de 2000, 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012, 21 de febrero de 2013, 14 de marzo de 2013 y 30 de mayo de 2013) debería verificarse un control de oficio cuando el Tribunal contase con los elementos de hecho y de Derecho suficientes, como sería el caso, y este control se basaría en el principio de efectividad comunitario (el juez nacional habría de garantizar el efecto útil de la protección que otorga la Directiva)⁴, debiendo producirse por respeto al instituto de la cosa juzgada formal y las características del procedimiento de ejecución hipotecario español en el despacho de la ejecución. Se apreciaría en este caso una penalización del todo desproporcionada al incumplimiento de las obligaciones del consumidor, con el simple análisis de la petición ejecutiva y el contenido de la escritura de constitución de hipoteca, al señalarse unos intereses moratorios del 19 por 100 a aplicar, no ya a cuotas impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante al vencer anticipadamente el contrato. De acuerdo con la STJUE, de 30 de mayo de 2013, «el Tribunal de Justicia ha precisado que... cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor

se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, *sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». *Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor*.

En este sentido, continúa el juzgador, la Ley 1/2013 habría introducido en la ejecución de título no judicial ni arbitral, en el momento del despacho de la ejecución (art. 552.1) y en la oposición a la ejecución (arts. 557.1.7.^a y 561.1.3.^a y 695.1.4.^a y 3), un control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas, estableciéndose que de estimarse la existencia de cláusulas abusivas, se decretará la improcedencia de la ejecución o el sobreseimiento de la misma si la cláusula abusiva fundamenta la ejecución, o en otro caso, la continuación de la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva. En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debería examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable, y si no está en proporción con los objetivos que persigue dicho interés (indemnización del perjuicio causado por la mora e incentivación del cumplimiento y pronta salida de la situación de mora). En este sentido, el Juzgado indica que el interés legal del dinero en el año 2006 y 2012 no superaba el 4 por 100 anual. El interés de demora de deudas tributarias al que se refiere el artículo 56.6 de la Ley 5/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el año 2006, era del 5 por 100 y en el año 2012, según Disposición Adicional, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, Ley 2/2012, era del 5 por 100 anual. El interés de demora en caso de impago de títulos cambiarios, a tenor del artículo 58 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, se corresponde con el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, por lo que en el momento de interponer la demanda

ejecutiva ascendía al tipo del 6 por 100 anual. En el ámbito propio de comerciantes, operaciones comerciales entre empresas, trasponiendo la Directiva 2000/35/CE, la Ley 2/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en defecto de pacto, en el artículo 7.2 determina que «el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales...», estableciendo el apartado tercero que «el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el *BOE* el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior», habiéndose indicado por Resolución de 27 de diciembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que para el primer semestre anual natural del año 2012, el tipo de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales sería del 8 por 100 anual. Indica también el juzgador que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha introducido un tercer párrafo al artículo 114 LH, fijando como límite a los intereses moratorios en préstamos para adquisición de vivienda, garantizados con hipoteca sobre la misma, tres veces el interés legal del dinero. Y que de acuerdo con el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, debe existir una proporción entre incumplimiento e indemnización pactada, de suerte que no se advierta un serio e injustificado desequilibrio patrimonial. Igualmente, de acuerdo con el artículo 82 de la misma norma, para analizar la contrariedad con la buena fe y el perjuicio al consumidor que conlleve el desequilibrio patrimonial, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato.

Aplicando su razonamiento al caso de autos, indica el juzgador que «si bien la naturaleza de unos intereses moratorios impuestos sobre las cuotas vencidas e impagadas constante el contrato que, en sí, aunque indemnizan estimulan al cumplimiento, no presentan duda alguna en cuanto a su naturaleza, la imposición de intereses moratorios al total de la cantidad prestada que quede por amortizar una vez usada la facultad de vencer anticipadamente el préstamo, difícilmente tendrán en pureza la naturaleza de intereses moratorios, en tanto no estimulan nada, sino además de indemnizar al acreedor, lo que hacen a la contra es penalizar al consumidor de una forma totalmente desproporcionada e injustificada. Aun considerándose lícitas las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato, la imposibilidad del deudor de devolver de inmediato la totalidad de la cantidad prestada que es en sí lo que implica el ejercicio de la facultad del acreedor de vencer anticipadamente el contrato, difícilmente podría ser calificado como incumplimiento de una obligación contractual que justificase la imposición de intereses moratorios tan elevados. De ahí, que es discutible que tal cláusula relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, no revista naturaleza de cláusula penal y por tanto susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil, debiéndose tener en cuenta específicamente para reputar o no proporcional un tipo de interés de demora, la consabida improbabilidad [de] que el consumidor pueda devolver de inmediato toda la cantidad prestada y en origen aplazada, y que esta obligación de restitución está a merced de la facultad del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo».

En cualquier caso, dejar de pagar unas cuotas del préstamo mercantil (desde julio de 2012) por unos miles de euros, en el contexto de un procedimiento de ejecución como el español, sustancialmente beneficioso para el acreedor, no puede justificar imponer una penalización de un 19 por 100 anual, siendo abusivo por ser del todo

desproporcionado, inclusive en atención a su mera comparativa con cualquier otro tipo de interés de demora previsto por el legislador, los intereses remuneratorios pactados, el TAE y el interés legal del dinero a la firma de la escritura y del incumplimiento y desatendiendo la garantía hipotecaria concurrente y, a su vez, justifica sobremanera un control de oficio al admitir la demanda, se opusiera o no el consumidor...

Declarada abusiva la cláusula relativa a los intereses moratorios reclamados, cuando estos se aplican no a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante de dar por vencido anticipadamente el préstamo, de conformidad con el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, la cláusula sería nula de pleno derecho y se tendría por no puesta. Quedando vetada al juez nacional, al ser contrario a Derecho de la Unión Europea, la posibilidad de moderar los intereses moratorios al amparo del artículo 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, según determina la STJUE de 14 de junio de 2012 ... sin posibilidad alguna de integrar judicialmente el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, al ser contraria esta facultad prevista en el artículo 83.2 del Real Decreto-ley 1/2007, con la interpretación del TJUE del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13».

Continúa señalando el juzgador que aunque la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, vendría implícitamente a imponer al órgano jurisdiccional la moderación de los intereses de demora, al conceder al ejecutante un plazo de diez días para recalcular los intereses, el artículo 6.1 de la Directiva y el 21.^º Considerando, señalarían que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes, *en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*. «Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos,... los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad [de moderación] de que se trata, esta no podría, por sí misma, garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección...».

Es por ello, que de las referidas consideraciones no cabe sino concluir que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio incursa en abusividad, *no ha transpuesto de forma efectiva la Directiva 93/13, no otorga la debida protección al consumidor de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva como exige el artículo 6.1 y tergiversa de manera flagrante la jurisprudencia comunitaria del TJUE y la Directiva 93/13/CEE...*

De aplicarse la referida Disposición Transitoria por el órgano jurisdiccional, tal como solicita el ejecutante, se conculcaría la efectiva protección al consumidor que exige el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dado que se procedería a moderar una cláusula de interés de demora abusiva que en modo alguno puede vincular al consumidor, tal como establece la referida Directiva y se impediría la sanción de nulidad (a razón del carácter no vinculante de la cláusula abusiva) que conforme al derecho comunitario resulta procedente...

A partir de estas consideraciones se plantea la duda o pregunta que se debería trasladar al TJUE en una cuestión prejudicial, la de si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos, así como para el control de oficio de cláusulas abusivas por el órgano jurisdiccional, al imponer una suerte de moderación obligatoria de aquellas cláusulas de intereses moratorios que hayan incurrido en abusividad»⁵.

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA, NÚMERO 2, DE SANTANDER

Esta segunda cuestión prejudicial se plantea por sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013. La entidad BBVA interpuso demanda ejecutiva el 8 de mayo de 2013, reclamando la suma de 66.721,68 euros de principal y 20.015 euros para los intereses que se devengasen durante el procedimiento y las costas. La demanda tenía su origen en contrato de préstamo hipotecario por el que BBVA prestaba a don F. Q. y doña S. G., 79.234,96 euros. En el contrato se establecía una cláusula de interés de demora del 20 por 100 nominal anual, una cláusula de vencimiento anticipado y una garantía hipotecaria sobre la vivienda de don F. Q. Impagadas cuatro cuotas, cada una de 539,61 euros (de 31 de julio a 31 de octubre de 2012), la ejecutante practicó liquidación unilateral de la deuda, expidiéndose acta notarial que daba cuenta de que la liquidación era conforme a lo pactado, y resultando el siguiente desglose: 65.557,01 de principal; 1.074,74 euros de intereses remuneratorios y 89,94 euros de intereses de demora.

El 15 de mayo de 2013 se dictó providencia por el Juzgado en la que se acordaba oír al Banco para que realizase alegaciones sobre la posible abusividad de la cláusula concerniente a los intereses moratorios a la luz de la Ley 1/2013. El 4 de junio de 2013 se dictó auto, acordando considerar nula por abusiva (a lo que se había opuesto la entidad bancaria) la dicha cláusula contractual, ordenando continuar la ejecución solo por un principal de 66.637,71 euros, resultante de restar los intereses devengados hasta la liquidación de la deuda (89,94 euros), *eliminando los intereses moratorios que se devengasen en el futuro* y reduciendo las costas al 5 por 100 (art. 575.1 bis LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013). BBVA interpuso recurso de reposición interesando dejar sin efecto el auto recurrido, y en su caso, que se le confiriese traslado de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 2.^a3 de la Ley 1/2013. Entonces, por providencia de 21 de octubre de 2013, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 y el artículo 1108 del Código Civil. La ejecutante alegó que era innecesario plantear la cuestión, porque la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 sería una norma imperativa que caería fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (art. 1.2 de la misma y STJUE de 21 de marzo de 2013) y fijaría una posición de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Los ejecutados postularon, en cambio, que no existía colisión entre la Directiva 93/13 y el artículo 1108 del Código Civil, pero sí con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013. Posteriormente, por providencia de 28 de octubre de 2013, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial en relación con la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

El Juzgado argumenta que siendo los ejecutantes consumidores de un producto o servicio financiero, y resultándoles de aplicación la normativa protectora de los consumidores y usuarios, la nacional (RD-Leg 1/2007) y la Directiva 93/13, se cuestionó de oficio la cláusula de interés de demora que superaba en más de tres veces el interés legal del dinero al perfeccionarse el contrato (que era de un 4 por 100). Y que por su parte los ejecutados habían cuestionado la cláusula de vencimiento anticipado. En relación con aquella cláusula, el juez nacional se pregunta sobre las consecuencias de la apreciación de la cláusula como abusiva. Según el artículo 6.1 de la Directiva, la consecuencia sería la no vinculación al consumidor de tal cláusula. Conforme la norma nacional (art. 83.1 RDL 1/2007), el efecto sería su nulidad absoluta, pero permitiendo el artículo 83.2 la integración del contrato. Ahora bien, esta operación integradora parecería prohibida, obligando a una interpretación abrogatoria de la norma nacional, la STJUE de 14 de junio de 2012. El Juzgado señala que antes de entrar en vigor la Ley 1/2013, este Juzgado y otros, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE venían reduciendo a 0 por 100 el interés moratorio declarado abusivo, criterio recientemente ratificado por AAP de Santander, Sección 4.^a, de 10 de octubre de 2013⁶. Pero este planteamiento se vería trastocado por la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, que no solo recoge un tope máximo para el interés moratorio sino también un proceso de ajuste a dicho tope máximo. Podría entenderse que dicha Disposición impondría implícitamente una moderación de los intereses moratorios prohibida por el TJUE (así lo entendería el JPII, núm. 2 de Marchena). Sin embargo, el juez de Santander entiende que siendo claro que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 obliga a un proceso de recálculo, no señalaría con claridad que la consecuencia fuese que el interés moratorio debiese rebajarse al tope de tres veces el interés legal del dinero, siendo posible que se rebajase hasta el interés legal (art. 1108 CC), que se aplicase el previsto en el artículo 4 de Real Decreto-ley 6/2012, siempre que concursiesen los requisitos para su aplicación o bien que el tipo se redujese a 0 por 100 por expulsión de la pena convencional liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios. «Lo cierto es que en la práctica jurisprudencial —afirma textualmente— se está manifestando una gran discrepancia de criterios pues los partidarios de la primera y segunda alternativa [art. 114 LH o 1108 CC] postulan que no están integrando una pena contractual que saben nula sino dando aplicación supletoria a una norma legal. El TJUE ha dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva pero falta por clarificar si cabe que el pacto sobreviva merced a la aplicación supletoria de una norma nacional. Esta es la cuestión que aquí se suscita». En este sentido, muchos jueces españoles serían partidarios de salvar la pena contractual aplicando el artículo 1108 del Código Civil⁷. Frente a esta tesis, se querrían expresar dudas sobre si este modo de interpretar la Disposición Transitoria 2.^a es compatible con el efecto disuasorio que el TJUE ha considerado en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, en la medida en que «la nulidad tiene un componente sancionatorio que no debe ser desdeñado y que no es justo que el profesional infractor que predispone un pacto abusivo de intereses moratorios pueda obtener el interés legal por aplicación del artículo 1108 del Código Civil, lo que supondría equiparar al infractor con el que no pactó ningún interés moratorio. ...Por otra parte, el tipo de interés moratorio previsto en el artículo 1108 del Código Civil está diseñado para una situación (a falta de convenio) que no es equiparable, sin forzar, a la que aquí se enjuicia (pacto considerado nulo) aunque no es esta una duda que haya de resolver el TJUE. ...A partir de

las anteriores consideraciones se plantea una primera pregunta acerca de si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 no es conforme a la Directiva al imponer un proceso de recálculo de un tipo de interés moratorio abusivo tomando como referencia el triple del interés legal, en la idea de que el TJUE aclare si supone una limitación de la tutela del consumidor al imponer una suerte de integración legal de aquellas cláusulas de intereses moratorios que han incurrido en abusividad ... Una segunda pregunta que [se] cuestiona [es] si es conforme a la Directiva la interpretación que siguen algunos tribunales españoles de acuerdo con la cual es compatible considerar abusiva la pena contractual, no teniéndola por puesta, con la aplicación de un interés moratorio previsto por una norma nacional, ya sea el del artículo 114 de la LH, el del artículo 1108 del Código Civil o cualesquiera otro como el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012... Se reclama del TJUE que aclare si el legislador español ha limitado con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 los mecanismos de protección de los consumidores o si son los tribunales españoles [quienes estando obligados al aplicar el Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a una Directiva, a hacer todo lo posible a la luz de la literalidad y finalidad, de la Directiva, para alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva] los que los limitan con su interpretación, ya sea de esta norma o del artículo 1108 del Código Civil».

El ejecutante sostiene que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 cae fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 1.2), por ser una norma imperativa. El Juzgador considera que decidir si la Ley 1/2013 es o no imperativa es un problema de interpretación del derecho interno. Sin embargo lo que tiene sentado el TJUE es que la Directiva es una norma imperativa y que su artículo 6.1 debe entenderse equivalente a las normas nacionales que tienen rango de orden público, debiendo imperar la Directiva y no la Ley 1/2013. Por otro lado, no se estaría en el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva, pues en el caso no hay ninguna cláusula que refleje una disposición normativa. Lo que hay es una disposición normativa (o una interpretación jurisprudencial) que no se acomoda a la Directiva 93/13.

En cuanto al vencimiento anticipado, la cláusula contractual es contraria al artículo 693.2 LEC, en la redacción que le dio la Ley 1/2013, pues preveía el vencimiento anticipado por el impago de una fracción de cuota cuando esa norma solo permite el pacto de vencimiento total para el supuesto de impago de al menos tres plazos mensuales. Lo que en este caso ha hecho la entidad financiera es esperar al impago de cuatro meses. La pregunta es si esta estrategia unilateral del Banco no constituye una integración prohibida por el TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, esto es, si el efecto disuasorio se compadece con que el Banco que ha forzado un pacto abusivo salve su nulidad con el sencillo expediente de esperar a que pase tiempo⁸.

III. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, NÚMERO 1, DE MIRANDA DE EBRO

Una tercera cuestión prejudicial, sobre la base de argumentos diversos a los expuestos en las anteriores, ha sido formulada por Auto de 17 de febrero de 2014, del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción, número 1, de Miranda de Ebro. El Juzgado plantea la cuestión prejudicial en cumplimiento de la obligación establecida por el artículo 267 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE), habida cuenta de que de acuerdo con el artículo 695.4 LEC, contra el auto que

desestime la oposición del ejecutado no cabe recurso alguno, solicitando que el TJUE se pronuncie sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, en relación con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del artículo 114 LH y del artículo 693 LEC.

Banco Grupo Caja Tres había interpuesto demanda de ejecución hipotecaria el 10 de enero de 2013, en razón de un contrato de préstamo hipotecario suscrito el 23 de junio de 2003. En dicho préstamo, la cláusula sexta establecía un tipo de interés de demora del 15 por 100 nominal anual, y la sexta bis, una cláusula de vencimiento anticipado por no hacer efectiva la parte deudora «los pagos correspondientes por amortización o intereses en los términos pactados». Despachada ejecución, la parte ejecutada formuló oposición, planteando que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, es contraria a la Directiva 93/13, por permitir al profesional la moderación del contenido de una cláusula abusiva, solicitando planteamiento de cuestión prejudicial, y alegando el carácter abusivo de las cláusulas anteriormente referenciadas. Solicita, consecuentemente, la no aplicación de intereses de demora por considerarlos nulos. La parte ejecutante reconoce que los mismos exceden del límite del 12 por 100 resultante del artículo 114 LH, y señala que el despacho de la ejecución se produjo con anterioridad a la Ley 1/2013, por lo que solicita que se le permita hacer un recálculo conforme autoriza la Disposición Transitoria 2.^a de dicha Ley.

El Juzgado que plantea la cuestión se pregunta inicialmente por la aplicación del artículo 1.2 de la Directiva, según el cual esta deja fuera de su ámbito el examen de aquellas cláusulas que reproduzcan el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, todo ello por la presunción de que las disposiciones legales de los Estados miembros, por las que se fijan directa o indirectamente las cláusulas de los contratos con consumidores, no contienen cláusulas abusivas sino que fijarían una situación de equilibrio entre las partes.

El Tribunal señala que los artículos 114 LH y 693 LEC se refieren indirectamente al contenido de las cláusulas cuestionadas por la parte ejecutada, por lo que las cláusulas sexta y sexta bis *parece que no podrían ser objeto de control por la Directiva*. Pero que habría que matizar que el contenido literal de las cláusulas del contrato del que deriva el procedimiento de ejecución hipotecaria *no respetaba los límites establecidos por los artículos 114 LH y 693 LEC*, si bien la parte ejecutante ha acomodado su actuación a dichos límites, interponiendo la demanda ejecutiva después del impago de tres cuotas mensuales del préstamo y, haciendo uso de la facultad de recálculo de la Disposición Transitoria 2.^a Por otro lado, la Ley 1/2013 *no reflejaría en el tenor literal de su articulado todos los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de evaluación del carácter abusivo de una cláusula contractual*. «Así, mientras la Directiva establece que la evaluación del carácter abusivo de una cláusula debe realizarse atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, el artículo 114 LH solo tiene en cuenta el factor del tipo de interés moratorio y el artículo 693 LEC permite la efectividad de la cláusula de vencimiento anticipado atendiendo exclusivamente al número de cuotas impagadas por el deudor», por ello, la presunción a que hemos aludido antes, y en que se fundamentaría la exclusión del control por la Directiva, podría quedar desvirtuada, al optar el legislador español por un solo criterio entre los múltiples que deben ser tenidos en cuenta para efectuar el control de abusividad. Además, los artículos 114 LH y 693 LEC tienen un contenido imperativo solo respecto de los límites impuestos por la norma. Por lo que el artículo 1.2 de la Directiva solo jugaría en el caso de que la cuestión se planteara en relación con el posible carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios con un tipo de interés

superior a tres veces el interés legal del dinero, o una cláusula de vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas mensuales del préstamo. Finalmente, de acuerdo con el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el artículo 1.2 se refiere con la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» a las normas de derecho dispositivo que se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo. Puesto que el artículo 114 LH y 693 LEC no serían derecho dispositivo aplicable en defecto de pacto, la exclusión material de la Directiva (art. 1.2) no sería de aplicación en este caso.

Sentado lo anterior, y que por lo tanto cabe el control por parte de la Directiva 93/13/CEE de las cláusulas cuestionadas, el juzgador indica que no se pide al TJUE que se pronuncie sobre la validez de la normativa nacional sino sobre dos hipótesis de interpretación, para verificar si una de ellas se opone al Derecho de la UE.

Una primera consistiría en considerar que cualquier interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero y cualquier vencimiento anticipado en el que se haya producido el incumplimiento de tres cuotas mensuales de amortización, serían cláusulas contractuales válidas y nunca abusivas. La segunda hipótesis consistiría en entender que el artículo 114 LH impone un límite máximo y el 693 LEC un límite mínimo, en términos imperativos, pero ello no impediría que las cláusulas fueran declaradas abusivas si, acudiendo a cualquiera de los criterios establecidos por el TJUE, se advirtiera que existió un desequilibrio perjudicial para el consumidor en contra de las exigencias de la buena fe. Lo que se pide al TJUE es que determine si el Derecho comunitario se opone a la primera interpretación del Derecho nacional. Si el TJUE lo entendiera así, entonces el juzgador podría proceder a examinar el carácter abusivo de las cláusulas denunciadas por la parte ejecutada, en la medida en que el ejecutante ha acomodado su actuación a los exclusivos límites fijados por la normativa nacional.

Una segunda cuestión que plantea el juzgador se refiere al artículo 114.3 LH. En el supuesto de autos, el empresario pretende hacer valer una cláusula, no en toda la extensión que el tenor literal de la misma le permitiría (un tipo del 15 por 100), sino a un tipo de interés inferior conforme al límite legal (STJUE de 17 de diciembre de 2009). Si bien el TJUE fijó una serie de criterios en orden a valorar el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios, el artículo 114.3 establecería un límite imperativo, de manera que si el tipo de interés moratorio fuera inferior no podría ser calificado de nulo y todo ello con independencia de las concretas circunstancias existentes al tiempo de suscribir el contrato. Esta interpretación entraría en contradicción con la jurisprudencia del TJUE y dificultaría el ejercicio de los derechos de los consumidores. «Del tenor literal del precepto, se desprende que la normativa española solo permite tener en cuenta uno de los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013. Pero la norma omite cualquier precisión relativa a la proporcionalidad del tipo de interés en relación con la finalidad concreta para la que se pacta, o cualquier otro motivo concurrente y relevante. Y en España el interés de demora puede cumplir tanto una función estimulante para que el deudor cumpla lo pactado, como una función indemnizatoria (STS 709/2011, de 26 de octubre). Ahora bien, si la función indemnizatoria es evidente, pues resulta de la jurisprudencia y del tenor literal del artículo 1108 del Código Civil, el estímulo que el interés moratorio produce al cumplimiento puede ser modulado atendiendo a las circunstancias concretas del contrato, que en este caso prevé una garantía hipotecaria y una cláusula de vencimiento anticipado. Ambas cláusulas representan una mayor admonición de cumplimiento dirigida al deudor, por las graves consecuencias que pueden tener

para su patrimonio e intereses económicos, y de mayor entidad que la aplicación del interés moratorio.

A la luz de lo expuesto, el juzgador pregunta al TJUE si los artículos 3.1, 4.1. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma como el artículo 114 LH que solo permite al juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula de interés de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal y no permite tener en cuenta otras circunstancias. Si existiera oposición de la norma así interpretada con el Derecho comunitario, el juez nacional podría considerar que el artículo 114 LH es una norma imperativa de máximos, de modo que, en todo caso, un interés que supere tres veces el interés legal del dinero sería nulo por contrario a norma imperativa, "pero también podría ser declarado abusivo un tipo de interés igual o inferior si, atendidas otras circunstancias ... se considera que existe un desequilibrio perjudicial para el consumidor no justificado por la finalidad que deba otorgarse a los intereses de demora en el contrato de préstamo hipotecario".

La tercera cuestión que plantea el juzgador tiene relación con el artículo 693 LEC en la redacción dada por el artículo 7.13 de la Ley 1/2013. El artículo 693 LEC solo contemplaría, para permitir el vencimiento anticipado, el incumplimiento de tres cuotas mensuales impagadas por parte del deudor. «*El precepto no recoge factores como la duración del préstamo o su cuantía; o cualesquiera otros relevantes para examinar el comportamiento del consumidor en orden a verificar la gravedad de su incumplimiento. La omisión de dichos criterios al aprobar una norma de carácter imperativo como el artículo 693 LEC, podría entrar en contradicción con el artículo 7.1 de la Directiva, pues supondría dificultar la posibilidad de que el consumidor pueda oponer, ante el órgano judicial, algunos de los factores establecidos por el TJUE como criterios determinantes de desequilibrio generado en perjuicio del consumidor en contra de las exigencias de la buena fe*». La cuestión es de interés para el caso de autos, pues la parte ejecutada considera que la cláusula de vencimiento anticipado es nula por abusiva, por no ser graves tanto en la cuantía de la obligación incumplida (1,38 por 100), como en el periodo de cumplimiento del contrato, transcurridas 166 cuotas. Además se efectúan diversas consideraciones sobre la situación económica de la ejecutada que podrían ser analizadas en orden a verificar si el incumplimiento responde a causas coyunturales o no. De manera que si se considera que es conforme al Derecho de la UE interpretar el artículo 693 LEC, en sentido de que la efectividad de la cláusula de vencimiento anticipado solo dependa del transcurso de tres meses, debería rechazarse la oposición a la ejecución, pero no, en caso contrario, pudiendo, en su caso, declararse la cláusula nula por abusiva si concurrieren circunstancias que, interpretadas bajo los criterios establecidos por el TJUE, permitieran apreciar que se ha provocado al consumidor una situación de desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe. Por ello el juzgador pregunta al TJUE si los artículos 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, se opondrían a una norma nacional, como el artículo 693 LEC, que permitiría reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condicionaría la posibilidad de evitar los efectos del vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor [enervación de la ejecución hipotecaria regulada en el art. 693 LEC], salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual de este.

IV. OTROS ASPECTOS DE LA LEY 1/2013 «ANTI-DESAHUCIOS» CUESTIONADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las expuestas hasta el momento no son las únicas cuestiones que ha suscitado la Ley 1/2013. En otro orden de cosas, se ha planteado también la posible inconstitucionalidad de diversos artículos de la norma, por recurso planteado por diputados del Grupo Parlamentario Socialista. Aparte del cuestionamiento del propio proceso de elaboración parlamentario de la norma, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley, que regula la suspensión de los lanzamientos por no establecer una intervención judicial que individualice y valore las circunstancias e intereses concurrentes en el lanzamiento, lo que se considera que constituye parte esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE). Al no dar cauce a esa intervención judicial se considera también que se produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de derecho a una resolución motivada en materia de restricción de derechos fundamentales (art. 24 CE). Igualmente se considera que el artículo 1.2.e) de la Ley 1/2013, al limitar la suspensión de los lanzamientos por dos años a las unidades familiares donde existan menores de tres años, constituiría una exclusión injustificada de otros menores que, a efectos de un desahucio, se encontrarían en una situación análoga de vulnerabilidad y correrían un riesgo cierto de ver afectada su integridad física, psíquica y moral (art. 15 CE), así como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Una distinción entre menores por razón de edad, excluyendo a la mayoría de ellos de la protección frente al lanzamiento de la vivienda familiar (art. 47 CE), sin previsión alguna de alternativa habitacional, supondría una discriminación, a juicio de los recurrentes, difícilmente justificable, que no respondería al interés de los propios menores. Esta inconstitucionalidad, afirman los recurrentes que debería extenderse también al artículo 8.2 de la Ley que modifica el artículo 3.1.b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, pues el nuevo precepto restringiría la posibilidad de solicitar una reestructuración de la deuda hipotecaria a las entidades financieras que suscriban el Código de Buenas Prácticas, solo a las unidades familiares de las que forme parte un menor de tres años, exponiendo a otras unidades familiares con menores mayores de tres años, a una situación de riesgo y de vulnerabilidad añadida, desproporcionada e incompatible con las obligaciones establecidas en la Constitución y en la Convención de los Derechos del Niño. Se vulneraría pues por el artículo 1.2.e) y 8.2 de la Ley 1/2013, los artículos 14, 15, 10, 39.4 y 47 CE y la Convención de los Derechos del Niño.

En relación con la Disposición Adicional primera de la Ley 1/2013, para proteger a colectivos en especial situación de vulnerabilidad, el artículo 1 impondría a las entidades financieras una concreta obligación de suspender el lanzamiento durante dos años; ahora bien, para circunstancias más graves en que ya se habría producido el desalojo, la Disposición Adicional 1.^a estipularía una obligación de promoción con el sector financiero de un fondo social de viviendas, sin establecer ni condiciones básicas, ni un plazo razonable para llevarlo a cabo, ni el plazo mínimo de los contratos de arrendamiento que se pretendería facilitar, ni establecer un límite al porcentaje de ingresos que pueden dedicarse a pagar la renta. Esta indeterminación absoluta carecería de razonabilidad, ya que no ofrecería una solución adecuada, a corto plazo, para los colectivos que la ley define como especialmente vulnerables, todo lo cual vulneraría el artículo 47 de la CE, y los artículos 10.1, 15, 39.4 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio de los Derechos del Niño.

Aparte de lo expuesto, los recurrentes señalarían que el artículo 93 CE ha aceptado la primacía del Derecho de la UE en el ámbito que a ese Derecho le es propio; principio de primacía, de construcción jurisprudencial, que formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la LO 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas y que habría sido reconocido y señalado en la Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. En este sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013, habría denunciado la normativa española en materia de ejecuciones hipotecarias por hallarla incompatible con el necesario control jurisdiccional de la relación jurídica subyacente en el proceso de ejecución, el contrato de préstamo hipotecario, que se articula por medio de cláusulas que requieren de control para dar seguridad al tráfico jurídico. Con la Ley 1/2013, el legislador asumiría la necesidad de cambiar el ordenamiento jurídico en lo referente a los procedimientos de ejecución hipotecaria, pero se olvidaría de las consecuencias jurídicas de la doctrina del TJUE, imponiendo límites a la protección de los derechos de los ejecutados. En efecto, en su artículo 7, que modifica el artículo 552 LEC, añadiendo un párrafo al apartado 1, quedaría recogida la posibilidad de que el tribunal pudiese apreciar de oficio una cláusula abusiva, 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 Disposición Transitoria 4.^a plantearía si esa forma de comunicar un plazo de preclusión para denunciar la existencia de cláusulas abusivas, cumple el mandato del artículo 9.3 CE, máxime cuando el plazo se reduce a un mes y muchos de los consumidores afectados no estarían personados en los procedimientos. De acuerdo con la jurisprudencia del TS y TC, tanto la administración como los tribunales, para acudir a la notificación edictal o mediante la publicación en diarios oficiales, deberían agotar todas las vías que tuviesen a su disposición. De esta manera, la forma de notificación señalada en la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013 vulneraría de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento con todas las garantías. Además resultaría contrario al Derecho comunitario, pues el TJUE, en sentencia de 21 de noviembre de 2002, declaró que la protección de la Directiva 93/13 se opondría a una normativa interna que prohibiese al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio o por la vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva inserta en un contrato, sentencia acogida por SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2011 y SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2011. Consideran, pues, los recurrentes que la Ley 1/2013, al pretender con un plazo de preclusión obligar a los ciudadanos demandados en un procedimiento de ejecución hipotecaria a denunciar las cláusulas abusivas, sin que medie la apreciación de oficio del juzgador, impondría una grave carga procesal con la finalidad de convalidar las cláusulas no denunciadas en el plazo de un mes, con el consiguiente perjuicio para el consumidor. Las Disposiciones Transitorias 1.^a, 2.^a y 4.^a vulnerarían, pues, los artículos 9, 10, 24 y 96 CE, en particular el derecho a la defensa en relación con las garantías procesales ofrecidas a los consumidores frente a los profesionales, bajo el principio de *pro consumatore*, que se concreta en el ordenamiento jurídico de la UE con la Directiva 93/13/CEE. Otra cuestión que se plantea en el recurso es la posible inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 1/2013, que ha añadido un párrafo segundo al artículo 552.1 LEC, relativo a la posibilidad de denegar el despacho de la ejecución si aprecia de oficio el juzgador la existencia de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, en relación con el artículo 552.2 LEC, no modificado y 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. Al quedar inalterado el artículo 552.2, cuando era necesaria su reforma, aparecería como discriminatoria la posibilidad de recurrir por una parte y no por la otra, 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 podría aplicarse respecto del artículo 7.Catorce 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 hipotecarios⁹. Se recurrirían, 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. Finalmente, los recurrentes cuestionan también el artículo 3.3 de la Ley 1/2013, por el que se modificaría el artículo 129 LH, relativo a la venta extrajudicial del bien hipotecado, sobre cuya inconstitucionalidad habría llamado la atención el TS en SSTS de 4 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999, 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008, aunque nunca el TC se habría pronunciado sobre la constitucionalidad del mismo. Si bien el procedimiento parecería contradecir el monopolio de la función jurisdiccional que se establece en el artículo 117.3 CE, y el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, tras la STJUE de 14 de marzo de 2013, su posible inconstitucionalidad quedaría aún más en evidencia, en el parecer de los recurrentes, al impedir el necesario control de oficio de las cláusulas abusivas por el órgano judicial. Si bien existiría la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo sobre la existencia de cláusulas abusivas, en función de que esto haya sido advertido por el notario [art. 129.2.f) de la LH en su nueva redacción], ello no reuniría el requisito de «efectividad» que requiere la tutela judicial para ser reconocida como tal. Además no existiría posibilidad de oposición frente a la cuantificación de la deuda verificada por el acreedor, ni se suspendería el procedimiento notarial por alegación de error o falsedad en un proceso judicial, lo que contrastaría con lo que establece el artículo 695.2 LEC para el procedimiento judicial de ejecución, donde se admite una oposición basada en error en la determinación de la cantidad exigible. Además, en la práctica, sería una posibilidad casi remota que en el escaso tiempo otorgado y no contando con medios económicos en la mayoría de los casos, pudiese llegar el deudor a plantear una acción judicial contra cláusulas abusivas, lo que le colocaría en una situación de indefensión real. En todo caso, los tiempos, requisitos y formas de suspensión

no se han regulado en la Ley 1/2013, remitiéndose a una eventual regulación por vía reglamentaria, lo que no sería admisible para cuestiones atinentes a derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva y en relación con la posible pérdida de la vivienda familiar (art. 47 CE). Las cláusulas que establecerían la posibilidad del acreedor hipotecario de acudir a la venta extrajudicial, serían condiciones no negociadas individualmente que producirían un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, siendo abusivas por imponer un procedimiento constitucional, que haría imposible o excesivamente difícil aplicar al consumidor la protección de la Directiva 93/13. Los recurrentes solicitan, pues, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3. Tres así como de las referencias e incisos que la Ley 1/2013 hace a la venta extrajudicial, por vulneración de los artículos 14, 24, 51.1 y 117.3 de la CE¹⁰.

Estos serían, resumidamente expuestos, los diversos problemas aplicativos y de validez de la norma que estaría planteando la Ley 1/2013, de 14 de mayo, «anti-desahucios», a la que podría afectar la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010¹¹.

V. CONCLUSIONES

Los problemas aplicativos y de validez de las normas que estaría planteando la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en relación con la Directiva 93/13 y la propia CE, podrían resumirse del siguiente modo:

1. Para el AJPII, número 2, de Marchena, de 16 de agosto de 2013, la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio incursa en abusividad, *no ha transpuesto de forma efectiva la Directiva 93/13, e impide la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva como exigiría el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria del TJUE.*
2. Para la SJPI, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013, el TJUE habría dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva, *pero faltaría por clarificar, si cabe, que el pacto sobreviva merced a la aplicación supletoria de una norma nacional.* Igualmente se haría necesario preguntar al TJUE si la estrategia unilateral del Banco de dejar pasar tres o más meses de impago de cuotas (cuando se pactó el vencimiento anticipado por impago de una sola) no constituye una integración prohibida por el TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013.
3. Para el AJPII, número 1, de Miranda de Ebro, de 17 de febrero de 2014, *de acuerdo con el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el artículo 1.2 se refiere con la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» a las normas de derecho dispositivo que se aplican entre las partes contratantes cuando no existe ningún otro acuerdo. Puesto que el artículo 114 LH y 693 LEC no serían derecho dispositivo aplicable en*

defecto de pacto, no cabría la exclusión del control de la Directiva (art. 1.2), aunque el ejecutante hubiera acomodado su actuación a los límites sentados en dichos preceptos. El Juzgador pide, además, al TJUE que se pronuncie sobre dos hipótesis de interpretación del Derecho nacional, para verificar si una de ellas se opone al Derecho de la UE. Esto es, si cualquier interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero y cualquier vencimiento anticipado en el que se haya producido el incumplimiento de tres cuotas mensuales de amortización, serían cláusulas contractuales válidas y nunca abusivas (por lo que no cabría el control de abusividad si el ejecutante acomodase su actuación a tales límites legales imperativos). O sí habría que entender el Derecho nacional en el sentido de que el artículo 114 LH impondría un límite máximo y el 693 LEC un límite mínimo, en términos imperativos, pero ello no impediría que las cláusulas fueran declaradas abusivas si, acudiendo a cualquiera de los criterios establecidos por el TJUE, se advirtiera que existió un desequilibrio perjudicial para el consumidor en contra de las exigencias de la buena fe. Se pide al TJUE que determine si el Derecho comunitario se opone a la primera interpretación del Derecho nacional.

4. Se cuestiona ante el TC la validez de diversos preceptos de la Ley 1/2013, en particular en relación con la desigualdad de armas procesales en que se encontraría el deudor hipotecario (al no poder recurrir el auto que despacha ejecución o el auto que desestime su oposición por existencia de cláusulas abusivas) y en relación con el procedimiento de venta extrajudicial, que obligaría al deudor a realizar una actividad positiva de impugnación de las cláusulas abusivas ante los Tribunales, para lograr la suspensión de aquel procedimiento.
5. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, «anti-desahucios», podría verse afectada por la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 21 de noviembre de 2002.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 17 de diciembre de 2009.
- STJUE de 26 de abril de 2012.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 30 de mayo de 2013.
- Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.
- STC de 14 de diciembre de 1982.
- Informe del CGPJ, de 25 de julio de 2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RH.
- STS de 4 de mayo de 1998.
- STS de 30 de enero de 1999.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 13 de diciembre de 2005.

- STS de 10 de octubre de 2007.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 25 de mayo de 2009.
- STS de 26 de octubre de 2011.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2011.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2011.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de octubre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 21 de diciembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 26 de febrero de 2013.
- SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 11 de julio de 2013.
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 30 de septiembre de 2013.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 22 de octubre de 2013.
- SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 6 de noviembre de 2013.
- SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2013.
- AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012.
- AAP de Santander, Sección 4.^a, de 10 de octubre de 2013.
- AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de noviembre de 2013.
- AAP de Valencia, de 20 de noviembre de 2013.
- SJPI, número 2, de Santander, de 19 de noviembre de 2013.
- SJM, número 9, de Madrid, de 18 de octubre de 2011.
- SJM, número 1, de Palma de Mallorca, de 3 de enero de 2014.
- AJPII, número 2, de Marchena, de 16 de agosto de 2013.
- AJPI, número 34, de Barcelona, de 28 de noviembre de 2013.
- AJPII, número 1, de Miranda de Ebro, de 17 de febrero de 2014.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013): «Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, págs. 195-217.
- FERNÁNDEZ GALLARDO, J. A. (2013): «Los intereses moratorios en el proceso de ejecución hipotecaria», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 31.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013): «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, págs. 171-191.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2014): «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, págs. 153-175.
- HUALDE MANSO, M.^a T. (2013): «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 2, págs. 51-65.
- MADRID RODRÍGUEZ, F. (2013): «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», en *Derecho de los Negocios*, núm. 272, págs. 7-22.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013): «Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitorio-

ria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, págs. 184-194.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2013): «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, págs. 223-252.

MOLLAR Y PIQUER, M. y VILAR GONZÁLEZ, S. (2013): «El consumidor frente a la ejecución hipotecaria», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 46, págs. 1-40.

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito de la UCM, doctor don Joaquín José RAMS ALBESA.

² Disposición Transitoria 2.^a *Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual*.

«La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado Dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

Artículo 114.3 LH: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC».

³ Artículo 317 del Código de Comercio: «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que como aumento de capital devengarán nuevos réditos».

⁴ El principio de equivalencia y el principio de efectividad comunitarios limitan la autonomía procesal de los Estados miembros para configurar los procesos de ejecución. De acuerdo con el primero, la normativa que afecte a un consumidor no puede ser menos favorable que la que regule situaciones similares sometidas al Derecho interno. De acuerdo con el segundo, dicha normativa no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico material de la UE confiere a los consumidores.

⁵ En base a lo expuesto, el Juzgado plantea las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

- A) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular con el artículo 6.1 de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios *debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses, dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses*.
- B) Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente*

al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

- C) *Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, contraviene la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular el artículo 6.1 de la mencionada Directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incurisas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.*

⁶ En esta línea cabe citar la SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 22 de octubre de 2013. Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito, S. A., interpuso demanda frente a doña Almudena y don Bernardino, en reclamación del saldo deudor de un contrato de préstamo concertado entre las partes para la compra de un vehículo, en fecha 1 de agosto de 2006 y que se dio por vencido anticipadamente al incumplir los prestatarios su obligación de pago. El Juzgado condenó a los demandados solidariamente a abonar a la mercantil demandante la cantidad de 8.283,64 euros, más los intereses moratorios al tipo contractualmente fijado (2 por 100 mensual). Doña Almudena interpuso recurso de apelación. La Audiencia concede relevancia a la alegación de la abusividad de los intereses moratorios, por su carácter desproporcionado, tomando como referencia el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo vigente en la fecha de celebración del contrato, que establecía que en ningún caso podría aplicarse a los créditos concedidos en forma de descubiertos en cuenta corriente un tipo de interés que diese lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (4 por 100 en aquella época), así como la Disposición Adicional, número 29 de la LGDCU, que establecía que tendría el carácter de cláusula abusiva a los efectos del artículo 10 bis, la imposición de condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corriente que superasen los límites establecidos en el artículo 19.4 de Ley de Crédito al Consumo. Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia considera que la cláusula de interés moratorio pactada es nula por abusiva, y que por tanto, no hay lugar a su imposición, procediendo únicamente el devengo de los intereses de mora procesal del artículo 576 LEC, pues «estimado el carácter abusivo de una condición contractual en el marco de una relación negocial entablada con un consumidor, no cabe su integración modificando su contenido (aplicando, por ejemplo un tipo de demora inferior al pactado), sino que directamente deviene nula sin más como consecuencia de su carácter, de conformidad todo ello con la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 14 de junio de 2012), y sin que sea óbice a lo expuesto que se trate de un punto no suscitado con la claridad y concreción precisas tal como hemos adelantado, dado el control de oficio que se impone en esta materia a cargo de los tribunales de justicia conforme a la misma doctrina jurisprudencial (STJUE de 17 de diciembre de 2009 y 26 de abril de 2012)». En esta línea, AAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012; SSAP de Castellón, Sección 3.^a, de 12 de julio de 2012, 18 de septiembre de 2012, 25 de septiembre de 2012, y con particular referencia a los intereses remuneratorios, sentencias de 26 de octubre de 2012 y de 21 de diciembre de 2012. Estimando, pues, la apelación, la Audiencia reduce el principal reclamado en 127,14 euros (importe correspondiente a intereses moratorios devengados según la liquidación del saldo deudor), determinando que los únicos intereses que devengará el principal (ahora, 8.156,50 euros), serán los que correspondan conforme al artículo 576 LEC. Otra resolución en igual sentido, y de la misma Audiencia y Sección es la SAP de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de diciembre de 2013. El BBVA planteó demanda de ejecución hipotecaria frente a don Everardo. Después de adjudicada la finca hipotecada se practicó la liquidación de intereses por la entidad bancaria. De esta liquidación se dio traslado a la parte ejecutada quien formuló oposición a la misma, mostrando su disconformidad con el periodo liquidatorio y con la cuantía total de la liquidación de intereses reclamada, lo que motivó se citara a las partes a una comparecencia a los efectos previstos en el artículo 715 LEC, tras la que se dictó Auto en el que se acordó estimar la impugnación de la propuesta de liquidación de intereses, debiéndose presentar nueva propuesta de liquidación conforme a lo establecido en

dicha resolución, dado que los intereses moratorios pactados eran nulos de pleno derecho y debían calcularse aquellos conforme a lo establecido en el artículo 576 de la LEC. BBVA interpuso frente a dicha resolución recurso de apelación, refiriéndose en primer término a que cuando se formuló la oposición a la liquidación no se alegó que el interés pactado fuera nulo, habiendo sido otras las cuestiones planteadas. En segundo lugar, manifestó que en la vista celebrada presentó una nueva liquidación de intereses, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, donde volvió a calcular los intereses con un límite de tres veces el interés legal del dinero (12 por 100), solicitando que se declarase que ese recálculo era procedente. A lo expuesto, la Sala responde que su criterio «es que frente a la norma invocada, Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, debe prevalecer el contenido de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE, de forma que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un interés inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es en definitiva lo que supondría la norma citada». En relación con la alegación de la ejecutante de que en el momento en que presentó el recálculo (en la vista) no se había declarado la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, de oficio ni a instancia de parte, porque ni siquiera se había denunciado esta cuestión, la Audiencia indica que en la STJUE, de 30 de mayo de 2013, se vuelve a insistir en la doctrina sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el marco de la Directiva 93/13/CEE, y se planteaba la cuestión de que pudiera examinar esta cuestión *incluso el tribunal de apelación, por lo que entiende que sí puede la jueza de primer grado, en el momento de decidir sobre la liquidación de intereses, declarar la nulidad de la cláusula en la que se establecen los intereses de demora (aunque no se hubiera planteado la cuestión por el deudor)*. Lo cual respondería al principio de primacía del Derecho Comunitario, según el cual el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Se trataría de un principio fundamental consagrado por el TJUE desde la sentencia Costa contra Enelde de 15 de julio de 1964, al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, y que, en virtud de tal primacía si una norma nacional fuese contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deberían aplicar la disposición europea; lo que no supondría la anulación o derogación del Derecho nacional, sino que su carácter obligatorio quedaría suspendido ...Desde la perspectiva pues de esta doctrina y en el ámbito de contratos celebrados con consumidores, «una norma como la que, contenida en la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, ofrece un cauce para el recálculo de los intereses de demora, es contraria al derecho y a la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que permite la integración de la cláusula de intereses abusivos y por lo tanto *puede ser inaplicada por el Tribunal*». Cabe citar también dentro de esta corriente jurisprudencial, la SAP de Valencia, Sección Undécima, de 30 de septiembre de 2013. Don Silvio y doña Leonor interpusieron demanda de nulidad de contrato de préstamo hipotecario, por usurario, contra doña M.^a Ángeles y doña Encarnación, al amparo del artículo 698 LEC, desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, y fijado día para la deliberación y votación en el 29 de mayo de 2013, el propio día la Audiencia acordó la suspensión al objeto de oír a las partes, a efectos de lo dispuesto en la Ley 1/2013, en relación al posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas a intereses moratorios y costas, acordando la remisión de oficio al Juzgado que estaba conociendo de la ejecución hipotecaria, en la que era ejecutante doña Encarnación. Doña María Ángeles había celebrado con los demandantes un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el 29 de junio de 2007, garantizándose su devolución con la constitución de hipoteca sobre la vivienda de los actores y mediante libramiento de una letra de cambio a su propia orden, por doña María Ángeles y con vencimiento a 29 de junio de 2008, por importe de 30.387 euros. En la escritura de superposición de garantía con hipoteca cambiaria, los demandantes declararon haber recibido el importe aludido mediante cheques por importe de 23.000 euros y efectivo por 7.837 euros, conviniendo que el impago de la letra a su vencimiento generaría la obligación de pago de un 29 por 100 anual de intereses de demora, constituyéndose hipoteca cambiaria sobre la vivienda familiar en favor de la parte libradora, y los sucesivos tenedores legítimos

de la letra de cambio, en garantía del pago de su nominal (30.387 euros), 26.828,19 euros por intereses de demora al tipo del 29 por 100 anual hasta un máximo de tres anualidades y de 9.000 euros para costas y gastos. Contrariamente a lo manifestado en dicho documento público, la verdadera prestataria fue doña Encarnación, hija de doña María Ángeles, actuando realmente esta como mandataria suya y habiendo esta endosado a favor de aquella la letra de cambio, siendo doña Encarnación la ejecutante en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Además los actores no recibieron en concepto de préstamo sino 22.620 euros mediante entrega de un cheque bancario a nombre de su hijo, don Gerardo, por valor de 20.000 euros y 2.620 euros en efectivo, pues los 3.000 euros restantes, representados por dos cheques al portador por importe de 1.500 euros cada uno, se entregaron a los intermediarios financieros en la operación; 4317 euros se retuvieron por la prestamista en concepto de cobro anticipado de intereses remuneratorios al 14 por 100 anual y otros 900 euros en pago de otros gastos. Los prestatarios no abonaron a su vencimiento la letra de cambio por lo que doña Encarnación inició procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que se despachó ejecución por 57.118,69 euros de principal (de los que 30.837 corresponden al nominal de la letra de cambio y 26.281,69 a intereses vencidos) y por 17.135 euros para intereses futuros y costas, adjudicándose el inmueble la ejecutada, si bien no se había verificado aún el lanzamiento. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación, en base al artículo 1, 3 y 9 de la Ley de Represión de la Usura de 24 de julio de 1908, en relación con el artículo 1740 del Código Civil y 319.3.^º de la LEC, entendiendo que el préstamo es nulo en cuanto al exceso sobre los 22.620 euros, y que los prestatarios están obligados a entregar solo la suma realmente recibida, subsistiendo el préstamo y las garantías otorgadas, en cuanto a tal principal, por lo que procede declarar la nulidad del Auto de 15 de junio de 2011, por el que se admitió a trámite la demanda ejecutiva, retrotrayéndose el procedimiento (al adolecer de defecto insubsanable) al momento anterior a dictarse el Auto despachando ejecución. En relación con la cláusula de intereses moratorios, la Audiencia entiende que le corresponde el control de oficio de las mismas, pues en el procedimiento declarativo se está ventilando precisamente la validez del título que sirvió de base a la ejecución hipotecaria, y por vedarle la Ley entonces vigente al deudor, esgrimir sus argumentos ante el Juzgador ejecutivo, todo ello de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva 93/13 y con la STJUE de 14 de junio de 2012. Por otro lado, la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas prevista por la Ley 1/2013, no lo es solo para el caso de ejecución hipotecaria por falta de pago de préstamo obtenido para la *adquisición* de la misma, sino siempre que la obligación resulte de determinados títulos, y entre ellos, de escrituras públicas (art. 7 de la Ley 1/2013), como es el caso. Además, la Ley 1/2013, disciplina su retroactividad (Disposición Transitoria 2.^a y 4.^a), por lo que habiéndose declarado la retroacción de las actuaciones al momento anterior al despacho de ejecución, toda la actividad ejecutiva pende de tramitación, por lo que la calificación de las cláusulas abusivas cobra plena virtualidad. Por otro lado, la actividad de la demandada doña Encarnación no se limita a concertar un préstamo, sino que busca un lucro económico concreto sirviéndose de una empresa de intermediación financiera, por lo que tal modo de proceder lleva a calificar su actividad como «profesional», a efectos de aplicar la LGDCU de 1984, vigente en la fecha de concesión del préstamo. En el caso presente, el interés de demora se cifró en un tipo superior en más de cinco veces el legal (5 por 100 en el año de otorgamiento), produciendo un flagrante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Disposición Adicional primera IV.18.^a de la LGDCU), pues la responsabilidad hipotecaria por tal concepto alcanza a casi el 90 por 100 de la aparente cuantía del préstamo. En relación con la integración del contrato haciendo uso de la facultad moderadora que al Tribunal otorgaba el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, el Tribunal entiende que no procede. «El TJUE, en sentencia de 14 de junio de 2012, resolvió sobre la posible oposición del artículo 83 del TRLGDCU ... con los artículos 6, apartado 1 y 8 de la Directiva 93/13/CEE ... Y la resolvió en el sentido de hallarse obligado el juez nacional únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, no hallándose facultado para modificar el contenido de la misma ... Por ello, subsistiendo el contrato sin necesidad de integración alguna, no procede moderar una cláusula inexistente ya por haber sido declarada nula de pleno derecho». La Audiencia concluye considerando que a efectos de cuantificar la cantidad

exigible a los deudores en concepto de costas, no podrá exceder del 5 por 100 señalado por el Legislador, sobre los 22.620 euros exigibles.

⁷ En este sentido cabe citar la SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a), de 11 de julio de 2013. La entidad BBVA reclamó a don Ángel Daniel y doña Estrella 58.253,12 euros, en virtud del contrato de préstamo hipotecario otorgado entre las partes el 17 de febrero de 2009, por medio de un procedimiento declarativo ordinario. El Juzgado estimó la demanda. Los demandados interpusieron recurso de apelación reiterando el argumento de la inadecuación del procedimiento por considerar que les supone mayores gastos que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Por providencia de 20 de junio de 2013, la Audiencia Provincial dio traslado a la parte apelada para que en el plazo de cinco días alegase lo que estimase procedente en relación a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por BBVA y en orden a la abusividad de la cláusula de intereses de demora (fijados en el contrato en un 20 por 100). La Audiencia, antes de entrar a conocer de los motivos de impugnación alegados por los recurrentes, señala que si bien en pleno no jurisdiccional había resuelto negativamente la cuestión acerca de si el juzgador de instancia puede valorar *ad limine* y antes de admitir a trámite la demanda de que se trate, el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en un contrato de préstamo (pues entendía que tales cuestiones debían debatirse en la fase del plenario para que la entidad prestamista pudiera hacer las alegaciones que estimase oportunas en defensa de la licitud de la cláusula), la publicación de las STJUE, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, ha dado lugar a la superación de tal tesis, por entenderse que la respuesta dada por dicho Tribunal en la primera de dichas sentencias es aplicable no solo al juicio monitorio (supuesto concreto analizado) sino a cualquier procedimiento en el que se pretenda la eficacia de un contrato celebrado con un consumidor, pudiendo pues examinarse de oficio las cláusulas de intereses moratorios y cualesquier otras que pudieran ser abusivas. Por otro lado, si bien la Audiencia había acordado en pleno no jurisdiccional que se consideraría abusivo un interés de demora *superior* a un 20 por 100, a la luz de los criterios expuestos por la STJUE, de 14 de marzo de 2013, considera que la cláusula (de un 20 por 100) es abusiva por «superar en exceso el índice de referencia en los años de concierto, por ser desproporcionado en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas de los contratos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado de los mismos productos en el año 2009». A mayor abundamiento alega la reforma introducida por la Ley 1/2013, en el artículo 114 de la LH, y que en el año 2009, fecha de suscripción del préstamo hipotecario, el interés legal del dinero era de un 5,50 por 100, por lo que el interés de demora exigible sería como máximo el 16,50 por 100. En cuanto a los efectos de la nulidad, la Sala entiende de que siguiendo los criterios establecidos por la STJUE, de 14 de junio de 2012, no cabe la integración del contrato ni la moderación de los intereses moratorios, pues en otro caso, la nulidad no tendría efectos persuasivos para el profesional frente al consumidor, no procediendo el recálculo que parece pedir la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013. Como consecuencia de lo anterior entiende que «*los intereses debidos son los legales del dinero a partir de la reclamación judicial (arts. 1101 y 1108 CC, esto es, a partir de la interpelación judicial, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia (art. 576 LEC)*». Por lo que habría que reducir la suma reclamada como principal en 916,41 euros, devengados hasta la liquidación unilateral de la deuda por la entidad. En cuanto a la cuestión de la inadecuación del procedimiento, que provocaría indefensión en los demandados, al retardar la resolución del procedimiento y producir un incremento de los intereses de demora, la Audiencia confirma el criterio de la Juzgadora de Instancia que sobre la base del artículo 681 LEC, entiende que este precepto no obligaría al acreedor hipotecario a acudir al procedimiento de ejecución especial hipotecario, pudiendo el acreedor hipotecario acudir al declarativo ordinario, sin que proceda entrar a valorar las alegaciones relativas al retardo en la tramitación y devengo de intereses por ser cuestión resuelta al declararse nula la cláusula de intereses moratorios. En sentido similar, se pronuncia la SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 6 de noviembre de 2013. El Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Torrevieja dictó sentencia el 12 de junio de 2012, estimando parcialmente la demanda formulada por General Electric Capital Bank, S. A., y condenando a la demandada doña Sabina al pago de 10.331,84 euros, cantidad que devengaría

el interés de demora del 13,75 por 100 anual desde la fecha de resolución del contrato pactado entre las partes, el 9 de enero de 2001, hasta su completo abono, contrato que era de compraventa de un vehículo, habiéndose financiado a los compradores la operación. Doña Sabina interpuso recurso de apelación alegando que el interés de demora pactado era abusivo por lo que procedía aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil. La sentencia de instancia había ya apreciado de oficio la cláusula como abusiva, entendiendo que procedía su moderación, aplicando 2,5 veces el interés fijado por la Ley de Presupuestos para el año de la celebración del contrato, resultando un interés del 13,75 por 100. Sin embargo, la Audiencia considera que en la actualidad, de acuerdo con la STUE de 14 de junio de 2012, no cabe integrar o moderar las cláusulas abusivas, como ha hecho el Juzgado. Y cita la SAP de Baleares, de 26 de marzo de 2013, según la cual: «Los parámetros que han de seguirse para la apreciación del carácter abusivo de los intereses moratorios han de ser, entiende este tribunal, los siguientes: a) A la hora de concretar en un determinado porcentaje el carácter abusivo del tipo pactado ha de tenerse en cuenta si la operación *cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que esta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente, han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese. La Exposición de Motivos de la LH de 1861 menciona expresamente que ese efecto de moderar los intereses es el que se espera de la generalización de la hipoteca.* B) Otro parámetro a tener en cuenta es la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. *En efecto, si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de una determinada suma de dinero, y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para la prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Dicho coste no puede ser muy distinto tanto si nos hallamos en periodo de cumplimiento contractual (interés remuneratorio) como en periodo de incumplimiento (interés de demora) radicando la diferencia entre una y otra fase en que en esta última, es decir, en la que transcurre después del incumplimiento, se ha puesto en evidencia un mayor riesgo de frustración del fin del contrato.* C) Tampoco pueden olvidarse otras referencias como son el tipo de interés interbancario, el interés legal del dinero o el Euribor, *dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese acarreado para la entidad crediticia repasar la cantidad puesta a disposición del deudor y que este no ha devuelto.* D) Finalmente, un parámetro orientativo ha de ser, aunque solo sea por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), el criterio de los tribunales en la apreciación del carácter abusivo de un determinado porcentaje de tipos de interés. A los anteriores puede añadirse también la tasa legal subsidiaria de interés de demora en el ámbito de operaciones comerciales, prevista por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, pues, aun cuando tenga un carácter subsidiario, en defecto de pacto, se establece un criterio de carácter objetivo en un tipo de relaciones en las que no se aprecia la especial necesidad de protección como ocurre en aquellas en las que interviene un consumidor. Estos intereses moratorios cumplen la misma función indemnizatoria y disuasoria que la parte apelante atribuye a los fijados en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria». Tras la cita de esta sentencia, continúa señalando la Audiencia, que la Junta de Jueces de Valencia, entre otras que se pronuncian en términos similares, acordó el 4 de diciembre de 2012 que «en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda, por unanimidad, que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa [todavía no se había publicado la Ley 1/2013, de 14 de mayo] y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruple del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato». «En consecuencia, aplicando la doctrina europea antes expuesta en relación con la normativa propia para defensa de los consumidores y usuarios, no cabe ya moderar los intereses abusivos como se hace en la resolución recurrida, sino directamente excluirlos de la contratación, que es lo que procede hacer en este caso, por lo que procede la estimación de

este motivo del recurso de apelación...». La Audiencia, pues, estima parcialmente el recurso y revoca parcialmente la resolución de instancia, en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 10.331,84 euros, así como los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda...». Otras resoluciones se inclinan por aplicar los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC, desde la fecha del auto que despacha ejecución. En este sentido, cabe citar el AAP de Valencia, de 20 de noviembre de 2013. El 14 de marzo de 2013, el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gandia, dictó auto declarando la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusiva, y en consecuencia, no haber lugar a la práctica de la liquidación de intereses solicitada. Caixabank, S. A., recurrió en apelación alegando que no se puede acordar no haber lugar a la práctica de liquidación de intereses, puesto que ello implica, en la práctica, que resulta irrelevante cumplir o incumplir el contrato, por ser idéntica la situación en uno u otro caso, solicitando se revocara la decisión de instancia, declarando la validez de la cláusula de interés de demora del 20,50 por 100, que considera moderado atendido lo usual en el momento de celebrar el contrato, o bien, subsidiariamente, se obligue al Juzgado a integrar el contrato, aplicando el interés legal precedente. La Audiencia Provincial, al amparo de la Ley 1/2013 (art. 3.2 y Disposición Transitoria 2.^a), concluye la corrección de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva «al constituir el objeto de la hipoteca la vivienda habitual, exceder los intereses moratorios fijados al 20,50 por 100 del triple de los legales en aquel momento, al ser en 2004 el interés legal del 3,75 por 100. La norma limitativa indicada, aunque posterior [art. 114.3.^a LH, introducido por la Ley 1/2013, art. 3.2], es de aplicación al supuesto examinado, por razón de la retroactividad parcial establecida en la Disposición Transitoria de la misma, anteriormente transcrita». «Declarada la nulidad de la cláusula que fija los intereses moratorios, en trámite de liquidación de los mismos, ello no obstante, tal y como interesa la propia recurrente, han de aplicarse, por imperativo legal, los intereses del artículo 576 LEC, que se devengen desde que se dicta cualquier resolución de condena al pago de determinada cantidad —lo que entendemos ha de incluir el auto despachando ejecución— y sin necesidad de su petición expresa, al devengarse ope legis. No se trata de integrar una cláusula nula —lo que sí se produciría en el supuesto de reducción del interés moratorio para acomodarlo al límite legal máximo— sino de inaplicar aquella, devengándose, en su lugar, los intereses legalmente previstos. La razón de tal apreciación no es otra que evitar un tratamiento idéntico en supuestos de cumplimiento o de incumplimiento, lo que acontecería si, con la declaración de nulidad producida, no se estableciera, sin embargo, la aplicación de un interés legal, que como la propia LEC indica, no requiere, siquiera, petición expresa al efecto. El recurso se estima en tal sentido».

⁸ Expuesto lo anterior, el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santander, por sentencia de 19 de noviembre de 2013, formula las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Si de conformidad con la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la LH o el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013.
2. Si la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.
3. Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello

inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

⁹ Por AJPII, número 7 de Avilés, se ha planteado una cuestión de constitucionalidad del artículo 695.4.2.^º en relación con el artículo 695.1.4.^º de la LEC. En el procedimiento de ejecución hipotecaria que se tramitaba ante este Juzgado se había incoado un procedimiento extraordinario de oposición, habiendo planteado el ejecutado el carácter abusivo de diversas cláusulas. Según el Juzgado, dicho precepto legal vulneraría los artículos 14 y 24 CE al suponer un tratamiento discriminatorio y desigualitario, sin aparente justificación, en exclusivo perjuicio del ejecutado (quien según la Ley 1/2013 debía ser especialmente protegido por la misma) por privarle de la posibilidad de recurrir la resolución que no estimase su alegación del carácter abusivo de las cláusulas, lo que conllevaría la firmeza de la ejecución, la realización del bien mediante subasta y el lanzamiento, a diferencia del ejecutante, quien sí estaría legitimado para recurrir la resolución que estimase la alegación de abusividad. De manera tal que *en función del contenido de la resolución*, una parte tendría derecho a recurrir y otra no, lo que afectaría a la igualdad de tratamiento procesal de las partes en un mismo acto procesal y ante un supuesto similar, correspondiendo, o bien suprimir los recursos para ambas partes, con independencia de cómo se resolviese el motivo de oposición, tal como preveía la antigua redacción del artículo 695 LEC, antes de la Ley 1/2013, o bien dar la posibilidad de recurso a ambas partes, tal como en un supuesto similar (art. 560 LEC) se viene haciendo. Si bien podría parecer que de esta norma (art. 695.4.2.^º LEC) no dependería la validez del fallo a dar por el Juzgado (lo que se exige para poder plantear cuestión de constitucionalidad), por afectar a un tema procesal (recursos) posterior al fallo (auto que resuelve la oposición), y no afectar al derecho material o procesal previo a la resolución, lo cierto es que afectaría a la validez del fallo en cuanto a su firmeza y la posibilidad de discusión de su contenido por la redacción dada a los recursos frente al mismo, en perjuicio del ejecutado. Tampoco además existiría otro cauce o momento procesal para hacer valer dicha desigualdad de trato, todo lo cual haría que la resolución (caso de ser desestimatoria de la oposición, por lo menos en parte) quedase firme, sin que cupiesen más motivos ni oportunidades de defensa del ejecutado. Por lo que dicho precepto afectaría realmente a la validez del fallo. Conclusión que no se vería afectada por el hecho de que el ejecutado pudiese acudir a un declarativo (art. 698 LEC) alegando esos mismos motivos de oposición, y pidiendo unas medidas cautelares o la suspensión por prejudicialidad civil del procedimiento de ejecución, pues si bien existiría tal posibilidad, lo cierto es que lo que se discute es el tratamiento discriminatorio, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, respecto del ejecutante. La relevancia constitucional de la cuestión planteada (lo cual debe acreditarse para la admisibilidad de la cuestión) se encontraría en todo lo expuesto y en el hecho de que las partes que acudan a un procedimiento judicial deberían tener las mismas posibilidades de defensa y alegación, independientemente de la posición procesal que ocupasen, no privilegiándose a una respecto de la otra en un mismo acto procesal, pues ello ocasionaría indefensión. Además existiría un precedente constitucional, en un caso similar de privación de recursos a una de las partes respecto al otro, como sería la STC de 14 de diciembre de 1982, donde se declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley 9/1980, en que se privaba a las partes condenadas de interponer recurso de casación en caso de condena a penas inferiores a tres años de prisión, mientras que el MF en todo caso podía interponer recurso de casación, siendo el motivo de inconstitucionalidad considerado la vulneración del artículo 24 CE. Si bien se alegaría que el artículo 455.1 LEC dispondría que solo cabe apelación frente a autos definitivos, y que el auto que desestimase la oposición sería de mero trámite (siendo definitivo si la estima, lo que justificaría la diferencia de trato), el Juzgador considera que sería discutible jurídicamente que un mismo auto tuviese carácter de mero trámite o definitivo en función del contenido de la decisión. El auto que resolviese un incidente de oposición en cuanto al fondo, como acontecería en este supuesto, no sería de mero trámite, sino definitivo, y en apoyo de ello cabría examinar el artículo 565 LEC, donde se dispone que se puede interponer recurso por ambas partes tras la resolución de un incidente de oposición, sencillamente porque el auto que resuelve una oposición por motivos de fondo es definitivo. Por otro lado, si bien se alegaría también que en la redacción anterior del mismo precepto se señalaba que solo cabría recurso para el caso de que se estimara el motivo de oposición y se sobreseyera el

procedimiento, con lo que solo podía recurrir el ejecutante, el Juzgador indica que él lo que cuestiona es la nueva redacción dada por la Ley 1/2013; que nunca pudo cuestionar la redacción antigua por no haber habido un supuesto que lo hubiese permitido al no haber sido habitual la oposición a la ejecución en esta clase de procedimiento por los específicos motivos de oposición que se podían alegar antes, que no eran jurídicos, sino formales, procesales o aritméticos; que desconoce si existe alguna cuestión de constitucionalidad recaída sobre la redacción anterior del precepto y que no cuestiona el tratamiento de los otros motivos de oposición, sino el aplicable al caso concreto, como es la alegación de cláusulas abusivas, *motivo jurídico y no meramente matemático o formal*. Además si el proceso se sobreseía por inexistencia de deuda o por existencia de una prenda, hipotecamobiliaria o inmobiliaria inscrita con anterioridad al gravamen que motivase el procedimiento, cabía recurso por el ejecutante y no por el ejecutado, siendo ello lógico, *pues se carece de legitimación para recurrir la decisión que beneficia, pudiendo ejercer la contradicción en la fase de oposición al recurso*. Y para el caso de que se estimara o desestimara total o parcialmente el segundo motivo de oposición, es decir, errónea fijación del saldo, no cabía recurso alguno por ninguna parte. Finalmente, comparando con el artículo 560 y sigs. LEC que regulan la oposición en el procedimiento de ejecución ordinaria por motivos de fondo, similar a la alegación de cláusulas abusivas, *el tratamiento procesal es el mismo para ambas partes, pues tanto si se estima como si se desestima cabe recurso de apelación para ejecutado y ejecutante*. Y comparando con la oposición del ejecutado por motivos formales del artículo 559 LEC, si se pone fin al proceso tras estimar la oposición del ejecutado, la legitimación para recurrir es solo del ejecutante por ser el único perjudicado. Tampoco es equivalente el auto que resuelve la oposición del artículo 695.1.4.^a LEC, al auto de los artículos 551.4 y 552 LEC, donde no cabe recurso alguno por el ejecutado, por referirse al auto de despacho de ejecución (*cuestión esta de la que discreparía el recurso de constitucionalidad planteado ante el TC, según lo expuesto antes, al considerar que en el momento de dictarse dicho auto ya es parte el ejecutado si se le dio traslado para pronunciarse sobre la posible presencia de cláusulas abusivas*). En línea con lo expuesto, el Juzgado de 1.^a Instancia, número 34 de Barcelona, mediante Auto de 28 de noviembre de 2013, también plantea cuestión de prejudicialidad al TJUE en relación con la Ley 1/2013, por considerar que puede infringirse el Derecho Comunitario, dado que en caso de desestimación de la oposición planteada por el consumidor por posible existencia de cláusulas abusivas, no se contempla por la Ley que pueda recurrir en apelación.

¹⁰ En este sentido, la SJM, número 1 de Palma de Mallorca, de 3 de enero de 2014, señala que si bien existe una amplia discusión doctrinal sobre la naturaleza de la venta extrajudicial regulada en el artículo 129 LH, el tenor literal de la Ley 1/2013 y, fundamentalmente, la doctrina emanada de la STS de 25 de mayo de 2009, consagran la idea de que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución forzosa, no un mero acuerdo contractual relativo a la forma en que se puede realizar un derecho de crédito, por lo que serían extrapolables al mismo las conclusiones de la STJUE de 14 de marzo de 2013. Si bien el principio de autonomía procesal atribuiría a los Estados la regulación de los procesos, esta autonomía tendría como límite que tales normas no hicieran imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento de la UE confiere a los consumidores (principio de efectividad), de manera que en la medida en que el cauce procesal regulado mermase o dificultase al consumidor el hacer efectivo el ejercicio de tales derechos, en virtud del principio comunitario de efectividad, el juez comunitario estaría habilitado para inaplicar sin más la normativa procesal nacional. Por otro lado, sería en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios donde más limitaciones encontraría el principio de autonomía de la voluntad, pues sería un ámbito en el que, en los contratos que se suscriben, se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes, no jugando la presunción liberal de libertad e igualdad de las partes contratantes, lo que habría llevado al legislador a tales limitaciones en aras de proteger los derechos de la parte más débil. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE, artículo 4.2, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referiría a la definición del objeto principal del contrato, siempre que dichas cláusulas se redactasen de manera clara y comprensible, lo que a sensu contrario supondría que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se deben someter a un control de abusividad si no están redactadas

de manera clara y comprensible. Parecería, pues, que el objeto del contrato, en una economía de mercado, donde impera la libertad de empresa que supone la libertad de contratación, la determinación del precio quedaría exclusivamente al arbitrio de la libre competencia, de manera que el control de contenido o material de abusividad, no sería un control de precios o del objeto principal del contrato, esto es, no sería un control del contenido económico del contrato. El control de transparencia, como parámetro de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error vicio, cuando se proyectase sobre los elementos esenciales del contrato tendría por objeto que el adherente conociera o pudiera conocer con sencillez la «carga económica» que supondría para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a realizar a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, y la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, todo lo cual habría sido puesto de relieve por la sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 (sobre cláusulas suelo). Presupuesto lo anterior, el Juzgado entiende que puesto que la parte demandante (*que ha ejercitado una acción individual de nulidad al amparo del art. 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación*), pretende el control de contenido de la estipulación por la que se prevé la posibilidad de que la entidad bancaria utilice el procedimiento extrajudicial del artículo 129 LH y 234 y sigs. del RH, para la realización del crédito hipotecario, se está en presencia, en efecto, de un control de contenido y no de transparencia, *por cuanto no se referiría tal estipulación a un elemento esencial del contrato*. Ello exigiría analizar si la citada cláusula produce un desequilibrio, no en las contraprestaciones entre las partes, sino en los derechos y obligaciones de las partes. Entiende el Juzgador que tal desequilibrio se produce «si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor, y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido». «Y esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el estatus del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esta diferencia de trato no encuentra una justificación razonable». El Juzgado concluye que dicha diferencia de tratamiento existe y es injustificada, tanto con la redacción vigente del artículo 129 LH en el momento de formalizarse el contrato de préstamo hipotecario, como con la actual redacción. Ello podría apoyarse en el informe redactado por el CGPJ, de 25 de julio de 2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RH. En dicho informe se indica que la diferencia de trato reside, principalmente, en la facultad que el artículo 552.1 de la LEC confiere al órgano judicial, habilitando al tribunal para apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, lo que no obsta para que la parte pueda suscitar como motivo de oposición (art. 695.1.4.^º LEC) el carácter abusivo de una cláusula. El artículo 129 LH (en su redacción dada por la Ley 1/2013), y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes, preverían que el notario advirtiese a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna cláusula, e impondría la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguna de las partes ha interesado del juez competente la declaración de nulidad por abusiva, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4.^º LEC. «Si bien las modificaciones introducidas —señala el informe— constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial solo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión —como motivo de oposición— pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas». A

diferencia, pues, del procedimiento judicial, en el que la suspensión es automática ex artículo 695 LEC, en el caso de la venta extrajudicial se requiere una actuación activa del consumidor mediante la presentación de una demanda en los Tribunales y la solicitud de adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la venta extrajudicial. En este sentido, sería revelador el artículo 236.ñ) del RH, ya que ni siquiera contempla que el notario suspenda el procedimiento por el planteamiento del debate sobre la abusividad de la cláusula. Por otro lado, sigue indicando el Informe, mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula determina el sobreseimiento (si fundamenta la ejecución) o su inaplicación (en cualquier otro caso), para la venta extrajudicial, solo se proscribe la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución, pero nada se dice cuando la estipulación no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles. De acuerdo con lo expuesto, el juzgador concluye la abusividad, conclusión que entiende se robustece si se atiene al hecho de que el enjuiciamiento del carácter abusivo de una cláusula debe referirse al momento en que se suscribe el contrato (año 2005), en el que el control de cláusulas abusivas por medio del notario y las posibilidades de hacer efectiva la protección del consumidor dimanante de la Directiva 93/13 se encontraban más mitigadas. No habiéndose demostrado además, a tenor del artículo 82.2.º TRLGDCU y del artículo 3.2 de la Directiva la existencia de una negociación individual de la referida cláusula, prueba que incumbe al profesional, la consecuencia de todo lo anterior es declarar la nulidad de la estipulación del contrato relativa a la posibilidad del acreedor de acudir a la venta extrajudicial, lo que no supone la nulidad de todo el contrato, sino que permite acudir al acreedor al procedimiento judicial, más garantista. En contra del parecer de esta sentencia, cabe citar la SJM, número 9 de Madrid, de 18 de octubre de 2011.

¹¹ En fechas recientes (28 de febrero de 2014) se ha publicado en el DOUE la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE), número 1093/2010. Destacamos su artículo 28, *Demoras y ejecución hipotecaria*, según el cual:

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.
2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.
3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.
4. Los Estados miembros no impedirán que las partes, en un contrato de crédito, puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.
5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.
6. Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.