

Juzgado de Primera Instancia núm. (*)
Procedimiento de Ejecución Hipotecaria núm. (*)

AL JUZGADO

D. (nombre del Procurador), Procurador de los Tribunales y de **D. (nombre de la parte ejecutada)** y **D^a. (nombre de la parte ejecutada)**, según tengo acreditado en autos de referencia, ante el Juzgado comparezco y como mejor en derecho proceda, DIGO:

Que mediante el presente escrito, y en la representación que ostento, vengo a formular **Incidente de Nulidad de actuaciones** conforme a lo previsto en el art. 562.2 LEC en relación con el art. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ contra el Auto de (poner fecha auto*****) así como todas las actuaciones posteriores al mismo, en el que se declara que no cabe recurso de apelación, desestimando la oposición formulada por esta parte, por vulneración del derecho de la tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 24,1 CE y 47 CDFUE, a resultas de la STJUE de 14 de julio de 2014 C-169/14 cuanto a la interpretación del art. 695.4.2 de la LEC (modificado por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal) y subsidiariamente, formulo **Recurso de Apelación** de conformidad con DT 4^a del citado RDL, a los efectos de no causar indefensión a esta parte, interesando la **Suspensión del presente procedimiento**, en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- SOBRE LOS EFECTOS DE LA STJUE DE 17 DE JULIO DE 2014 QUE DECLARA ILEGAL Y CONTRARIO A LA NORMATIVA COMUNITARIA EL QUE ESTA PARTE NO PUDIERA PRESENTAR RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO DE ESE JUZGADO POR VULNERAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA IGUALDAD DE ARMAS PROCESALES.

La nulidad de actuaciones que se pretende del Auto de ese Juzgado de fecha (*poner fecha auto*) por el que no permite a esta representación procesal instar recurso de apelación en base al art.695.4-2 LEC se basa en el pronunciamiento firme, definitivo, directamente aplicable de la STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, caso Sánchez Morcillo-Abril García vs BBVA de **obligado cumplimiento por los tribunales del Estado incumplidor.**

La antes citada resolución señala que puede ocurrir que en el procedimiento de ejecución hipotecaria en la que tenga por objeto un bien inmueble, **QUE RESPONDA A UNA NECESIDAD BASICA DEL CONSUMIDOR, su vivienda habitual**, se inicie a través del profesional con un documento notarial DOTADO DE FUERZA EJECUTIVA, sin que el contenido de dicho préstamo si quiera haya sido objeto de examen judicial para determinar el eventual carácter abusivo que contenga el contrato de adhesión, al darse ese carácter tan privilegiado al profesional, hace aún más necesario que el consumidor afectado **PUEDA OBTENER UNA TUTELA JUDICIAL EFICAZ**.

Asimismo, en cuanto al actual sistema procesal hipotecario del Reino de España, en su apartado 43 y 44 señala:

43 *Habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia —como sucede en el litigio principal—, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 60).*

44 *En segundo lugar, si se tiene en cuenta una vez más el lugar que el artículo 695, apartado 4, de la LEC ocupa en la sistemática general del procedimiento de ejecución hipotecaria del Derecho español, es necesario observar que reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución.*

Así la Corte de Luxemburgo declara que el sistema procesal actual español pone en peligro el objetivo perseguido por la D. 93/13, **acentuando el DESEQUILIBRIO** que existe entre las partes. Resultando asimismo contrario a la jurisprudencia del TJUE según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, apartado 62), y considera que el art. 695 LEC resulta contrario al principio de igualdad de armas, que forma parte del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal y como se garantiza en el art. 47 CDFUE, remarcando a su vez, que junto al principio de contradicción son el corolario del concepto de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación manifiesta de desventaja en relación a la parte contraria.

Y consecuentemente, ante esta situación, el Tribunal de Luxemburgo no puede sino disponer que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria disminuye la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, en relación con el art. 47 CDFUE, en tanto que incrementa la desigualdad de armas procesales entre los profesionales (acreedores ejecutantes) y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados afectados, resultando asimismo INCOMPLETAS E INSUFICIENTES para lograr el cese de aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía. Por ende, el art. 7.1 de la Directiva 93/13 en relación con el art. 47 CDFUE se opone a que el sistema procesal español NO PUEDA SER SUSPENDIDO por el Juez que conozca del proceso declarativo, y que en la ejecución hipotecaria, cuando se desestime la oposición del consumidor afectado, éste no pueda interponer recurso de apelación mientras que el profesional en el caso que la resolución judicial acuerde el sobreseimiento o declare la inaplicación de una cláusula si puede acudir a segunda instancia.

En cuanto al carácter vinculante y por ende derogador de las normas contrarias al Derecho de la UE de las sentencias emitidas por el TJUE debe citarse lo indicado en la SAP Barcelona , Sección: 191, de cinco de noviembre de 2013, que textualmente dicta:

Por último, NO DEBE CABER NINGUNA DUDA DE QUE LAS SENTENCIAS DEL TJUE SON VINCULANTES PARA LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES AUNQUE, COMO ES EL CASO, TODAVÍA ESTÉ EN VIGOR LA NORMATIVA ESPAÑOLA CON RANGO DE LEY QUE EL TJUE HA DECLARADO CONTRARIA A UNA DIRECTIVA. *La jurisprudencia del TJUE tiene efectos vinculantes sobre los órganos jurisdiccionales nacionales. Al TJUE le corresponde, en virtud del mecanismo del art. 267 TFUE , la interpretación suprema del derecho comunitario con el fin de garantizar su aplicación uniforme en todo el territorio de la UE. Toda norma de Derecho comunitario, tanto de derecho originario como de derecho derivado, prevalece en caso de conflicto sobre cualquier norma de derecho interno, tenga el rango que tenga (Sentencia Flaminio Costa, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64). Finalmente, será bueno recordar la Sentencia SIMMENTHAL de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77), en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece con carácter general, incorporando, precisando, y reforzando decisiones anteriores, los contornos del principio de primacía, afirmando que la norma comunitaria ha de aplicarse con preferencia a cualquier norma interna, con independencia de su rango y de su condición anterior o posterior. Según la doctrina contenida en la Sentencia SIMMETHAL, el juez nacional está obligado a no aplicar de oficio cualquier norma interna que se oponga al derecho comunitario. En concreto, la última Sentencia mencionada señala que:*

"...las eventuales disposiciones nacionales ulteriores, en contradicción con las normas comunitarias, deben ser consideradas de pleno derecho como inaplicables, sin que sea necesario esperar su eliminación por el propio legislador (derogación) o por otros órganos constitucionales (declaración de inconstitucionalidad)...".

Se suma a lo anterior que como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10 , apartado 50, *"la directiva impone la obligación a cada uno de los Estados miembros destinatarios de adoptar todas las*

medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (veánse las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83 , Rec. p. 1891, apartado 15)". A este deber no son extraños los órganos judiciales nacionales, pues como precisa la sentencia de 21 de octubre de 2010 del Tribunal de Justicia, Antonino Accardo, C-227/09 : "...la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (en particular, la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83 , Rec. p. 1891, apartado 26).

Así las cosas, no cabe sino recordar al Tribunal en cuanto a la **primacía del Derecho Comunitario** la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 se reiteró la primacía de los tratados Internacionales.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.

La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. **En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su Art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.**

Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986.

Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción.

Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE.

En concreto nos hemos referido expresamente a la **primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad** en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, **REITERAMOS EL RECONOCIMIENTO DE ESA PRIMACÍA DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, ORIGINARIO Y DERIVADO, SOBRE EL INTERNO, Y SU EFECTO DIRECTO PARA LOS CIUDADANOS, ASUMIENDO LA CARACTERIZACIÓN QUE DE TAL PRIMACÍA Y EFICACIA** había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964, ya citada.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del Art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las explicaciones que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2

determina en términos imperativos que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales².

Tratado de la Unión europea³

Artículo 19

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;

b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;

c) en los demás casos previstos por los Tratados.

Artículo 169 (antiguo artículo 153 TCE)

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE)

Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Artículo 291

1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.

1 SAP B 16255/2013 N° de Recurso: 536/2012 N° de Resolución: 358/2013 Id Cendoj: 08019370192013100377

2 Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulada por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004

3 Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea DOCE 2012/C 326/01 de 26 de octubre de 2012

Artículo 260 (antiguo artículo 228 TCE)

1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

Artículo 280 (antiguo artículo 244 TCE)

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea **tendrán fuerza ejecutiva** en las condiciones que establece el artículo 299

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

EXPOSICION DE MOTIVOS

Es Estado de derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Artículo 1.

La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, **responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.**

Artículo 5.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Artículo 6.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

Artículo 7.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

Como es público y notorio, la cuestión de las ejecuciones hipotecarias masivas ha generado los últimos años una importante alarma social. Como consecuencia se han sucedido las movilizaciones ciudadanas impulsadas por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH). Debemos destacar en ese contexto la Iniciativa Legislativa Popular sobre la Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social impulsada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (P.A.H.), los sindicatos mayoritarios (CCOO y UGT), Asociaciones de Vecinos, y la mesa del Tercer sector de Cataluña en la que encuentran integras entidades de reconocido prestigio como Cruz Roja, Caritas, la ONCE. Ésta ILP contó con un amplio respaldo social que se concretó en la recogida de **1.402.854** firmas.

El enorme impacto social provocado por las ejecuciones masivas y la permanente movilización ciudadana ha tenido como consecuencia sucesivos cambios en la legislación que junto a la resolución de la STJUE caso Aziz vs Caixa Catalunya, de 14 de marzo de 2013, el legislador nacional se vio en la obligación de modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante la Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificando entre otros preceptos el art. 695 de la Ley Rituaria y en poco más de un año, la Corte de Luxemburgo en su Sentencia de 17 de julio de los corrientes, asunto Sánchez Morcillo-García Abril vs BBVA, le recuerda al legislador del Reino de España, que la reforma operada en los arts. 695.4-2, art. 552 LEC y la no modificación del art. 698 de la Ley Procesal es contraria al art. 7.1 de la D.93/13 en relación con el art. 47 CDFUE.

Así las cosas, los tribunales nacionales deberán interpretar los arts. 695.4-2 y 552 de la Ley de Ritos conforme al dictado de la STJUE Sánchez Morcillo-García Abril, asunto c-169/14, permitiendo que el consumidor afectado, mi representado, pueda interponer recurso de apelación en el presente procedimiento de ejecución hipotecaria y que la misma suspenda el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por ende, al tratarse de normas de *ius cogens* y, por tanto, de derecho imperativo de la Unión, procede estimar la nulidad de actuaciones retrotraer las mismas a la fecha del auto de fecha (**PONER FECHA AUTO), con todas las consecuencias inherentes a la nulidad, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tanto del art. 24 CE como del art. 47 CDFUE, al no haber permitido a esta parte

recurrir el Auto de ese juzgado, acentuándose así el desequilibrio entre la entidad actora ejecutante y el consumidor afectado, aquí mi representado.

SEGUNDA.- SUBSIDIARIAMENTE, INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN DEL AUTO DE ESE JUZGADO DE FECHA *****

• FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA CLÁUSULA PACTO LIQUIDEZ:

La cláusula XXX del contrato dispone que

(copiar cláusula)

El artículo 572.2 de la LEC dispone que

2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

La cantidad líquida se convierte en un requisito de procedibilidad de la demanda de ejecución hipotecaria, junto con la existencia del título con fuerza ejecutiva y la tasación del inmueble en garantía.

El problema radica en que se exige que el saldo resultante (la cantidad exigible) resulte de la liquidación efectuada por el acreedor (se deja en manos de una de las partes la liquidación) EN LA FORMA CONVENIDA POR LAS PARTES EN EL PROPIO TÍTULO EJECUTIVO. Es lo que se conoce como “pacto de liquidez”

El problema radica en encontrar esa “forma pactada por las partes” en el contrato no sólo porque ello nos permitirá discutir si la liquidación es correcta o no, sino que nos permitirá utilizar la segunda causa de oposición señalada en el artículo 695.1.2º de la LEC, esto es, la forma pactada por las partes se convierte en un elemento esencial de la ejecución por cuanto el juzgador *a quo* no puede dar por cierta dicha cantidad sin más. Deberá revisarla y disponer de los elementos de hecho (que le debe proporcionar el ejecutante) para poder verificar que está correcta.

La intervención del fedatario público tampoco acredita que se haya efectuado en la forma pactada por las partes. Simplemente reproduce lo que le remite el ejecutante. Por ello incluye la fórmula “*a mi juicio*”.

De esta manera, esa Audiencia Provincial deberá encontrar (puesto que a esta parte le ha sido imposible hacerlo) cuál es la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y a la vista de ese pacto, si lo ha encontrado, revisar la liquidación. Si no lo encuentra, no existe forma pactada por las partes, de manera que lo que resulta

oscuro se tendrá por no puesto, de conformidad con lo señalado en el Artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que bajo el título “No incorporación” establece que:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. (aquí entraríamos a oponer la prueba de la oferta vinculante).

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. (qué cláusula no puede ser más ambigua si se habla de su existencia y no se encuentra en el contrato que ha redactado la ejecutante).

De esta manera, la cláusula relativa al pacto de liquidez debe reputarse nula y sin efecto, por abusiva (queda en manos de una de las partes) y por falta de claridad.

• **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA CLÁUSULA VENCIMIENTO ANTICIPADO:**

El contrato de préstamo recoge como cláusula XXXX lo siguiente

(copiar cláusula)

Al respecto, esta parte denunció esa cláusula como abusiva por cuanto consideraba que, a pesar de superar los 3 incumplimientos que señala el artículo 693.1 de la LEC, esto es, que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses y lo ha dado por vencido a los XXX cuotas, no deja de ser más cierto que el contrato se estableció para xxxx cuotas y de éstas se han pagado XXXXX

El juez de instancia ajustándose a la literalidad de dicho artículo, considera que existe causa de vencimiento anticipado. Pero no es el criterio de la literalidad el que debe prevalecer, sino el de la proporcionalidad.

Así lo estableció la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz y la interpretación que sobre dos cuestiones prejudiciales al respecto se resolvieron por el Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13.

En dichas resoluciones se estableció claramente que:

El artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letras e) y g), y 2, letra a), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar

el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, reviste en particular una importancia esencial:

- la cuestión de si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;
- la cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;
- la cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, y
- la cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo.

Empezando por el final, es cierto que existe la facultad de enervación de la acción de ejecución hipotecaria establecida en el artículo 693.2 párrafo 2º de la LEC, pero se limita a la vivienda habitual y al pago de las sumas que reclama el banco unilateralmente calculadas más las costas. Si no se han podido atender las últimas cuotas individualmente, ¿cómo se van a atender todas las pendientes y mucho menos la totalidad del préstamo?

Aquí el ejecutante cuenta con la ventaja del alcance del vencimiento anticipado, y contra el mismo sólo cabe acudir a si estaba adherido al “código de buenas prácticas bancarias” y en caso afirmativo, si cumplió con las obligaciones que en dicha norma se establecían.

El juzgador de instancia ha tenido que valorar si el incumplimiento de xxx cuotas reviste carácter esencial y suficientemente grave. Y ello sólo puede hacerse desde un juicio de equidad y del principio de conservación de los contratos. Indudablemente cuando se han pagado xxx cuotas, las impagadas representan un xx% sobre el total pactado. El juzgador *a quo* no ha tenido en consideración (entre otros motivos, PORQUE LA LEGISLACIÓN DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA NO LO PERMITE) que circunstancias han dado lugar a ese incumplimiento.

Es más: la facultad resolutoria del profesional que acude al procedimiento de ejecución sumario hipotecario, con las limitaciones que tiene y que vienen siendo reconocidas por la jurisprudencia europea (asuntos Aziz y Sánchez Morcillo), tiene menos posibilidades de defensa que si se acude a un procedimiento ordinario, donde el consumidor puede alegar las causas que le han impedido cumplir su compromiso de pago y defenderse con todas las garantías incluidas las de prueba, sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento que el actual procedimiento de ejecución sumario le impiden aportar.

De esta manera, esa Audiencia Provincial deberá valorar en el presente caso:

1.- Si un incumplimiento de xxxx cuotas que representan un importe de xxxx euros de un préstamo de xxxxx euros, y cuando de ese importe se han abonado en intereses la suma de xxxx, supone un incumplimiento esencial y suficientemente grave para que el ejecutante reclame la total suma de xxxx.

2.- Si en dicho procedimiento se ha quedado acreditada la voluntad rebelde al cumplimiento de mi representado.

3.- Si la redacción de la cláusula y su plasmación práctica en la ejecución hipotecaria, donde se le reclama la totalidad del préstamo, va a permitir que el ejecutado pueda atender a dicha reclamación

- **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE LA CLÁUSULA DE LIBRE ELECCIÓN DEL CAUCE PROCESAL PARA RECLAMAR LA DEUDA.**

La cláusula XXX (**COPIAR CLAUSULA**) nos habla de la libre elección del cauce para reclamar la deuda.

No cabe duda que el prestador tiene derecho a reclamar lo que se le debe, pero la normativa española es muy distinta en los efectos y los medios de defensa del consumidor según el cauce que se elija.

Mientras el procedimiento ordinario permite al consumidor un proceso con todas las garantías, que culmina con un título judicial, los de ejecución ordinaria y los de ejecución de título no judicial se circunscriben a causas determinadas, basadas en la indiscutibilidad del título que no ha sido revisado por el juzgador y que, salvo raras excepciones, éste lo hace de oficio.

La actual normativa permite (que no impone) la revisión de oficio de las cláusulas por el juzgador, cosa que ha resultado criticada por diversas sentencias del TJUE desde la de Sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, donde señala que el juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (obligación que se ha reproducido en las Sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, 14 de marzo de 2013, C-415/11, y ss.).

Como en la práctica procesal mayoritariamente no se hace ese control de oficio, incumpliendo de manera flagrante con el mandato de la Corte de Luxemburgo, en los procedimientos de ejecución de título no judicial y de ejecución hipotecaria el consumidor se ve obligado a comparecer para su denuncia de las cláusulas abusivas, contando con muchas limitaciones de prueba (y hasta la sentencia Sánchez Morcillo de 17 de julio de 2014, asunto c-169/14) de revisión y acceso al recurso de apelación. Precisamente esta sentencia reconoce en su apartado 43 que *“el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la*

validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda". Y un examen somero no es un examen con garantías.

Pero a mayor abundamiento y a la vista de la ejecución extrajudicial del título de préstamo con garantía hipotecaria, la reciente sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, vuelve a recoger toda esa jurisprudencia y recogiendo la Sentencia Simmenthal, en su apartado 58 que

"Por otro lado, para preservar los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores los Estados miembros están obligados, en particular, en virtud del artículo 7, apartado 1, de esa Directiva, a adoptar medidas protectoras apropiadas para hacer que cese el uso de cláusulas calificadas como abusivas. Así lo corrobora además el vigesimocuarto considerando de esa Directiva, que precisa que a ese efecto los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces."

El apartado 53 de esta sentencia dispone

"Además, las características específicas de los procedimientos judiciales que se desarrollan en el marco nacional entre los profesionales y los consumidores no deben constituir un factor que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben beneficiarse en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (véanse en ese sentido las sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 55 y jurisprudencia citada, y Aziz, EU:C:2013:164, apartado 62)."

De este modo, el juez nacional ante la existencia de una cláusula abusiva debe incluso, según lo dispuesto en los apartados 65 y 66 que

En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13.

En relación, especialmente, con las consecuencias que genera el desahucio del consumidor y de su familia de la vivienda que es su residencia principal, el Tribunal de Justicia ya ha destacado la importancia de que el juez nacional competente disponga de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de dichas medidas se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 59).

De todo ello se deduce que el derecho legítimo a cobrar una deuda, puede derivarse en un abuso si para ello el prestador elige uno y otro procedimiento, puesto que el consumidor según el que elija a su arbitrio el profesional, puede verse privado de su vivienda con menos garantías de defensa.

Y esta cláusula que le permite al prestador elegir el cauce para el cobro de su deuda, así entendida, se convierte en abusiva cuando opta por aquella que garantiza menos el derecho de defensa del consumidor, por lo que tendrá que tener por nula.

- **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA SUELO/TECHO:**

- Referencia Jurisprudencia a favor de la licitud de la cláusula suelo/techo y retroactividad: *SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014; SAP Alicante de 12 de julio de 2013; SAP Álava 9 de julio de 2013; SAPB Sección 15, dictada el 16/12/2013.*

Las cláusulas techo-suelo han sido declaradas nulas por la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012, aclarada por el reciente Auto de fecha 3 de junio de 2013, que dispone en su apartado:

"256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, PERO TAMBIÉN LE CORRESPONDE COMUNICAR DE FORMA CLARA, COMPRENSIBLE Y DESTACADA LA OFERTA. SIN DILUIR SU RELEVANCIA MEDIANTE LA UBICACIÓN EN CLÁUSULAS CON PROFUSIÓN DE DATOS NO SIEMPRE FÁCILES DE ENTENDER PARA QUIEN CARECE DE CONOCIMIENTOS ESPECIALIZADOS -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

En este orden de cosas, las razones que han llevado al TS a declarar nulas determinadas cláusulas suelo son:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo .
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Y dichas razones, se basan en una serie de antecedentes, especialmente del TJUE y normativa comunitaria, que se exponen detalladamente en la propia STS de 9 de Mayo de 2013:

1.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Ya lo advierte el art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que dispone que *“los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”*. Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

2.- Aunque la parte no alegue la nulidad de una cláusula abusiva el juez no sólo es que pueda, sino que debe apreciarla de oficio, y se recuerda, por ello, que de no ser así ahora al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera.

El **principio de efectividad** del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que **impone a este el deber de intervenir**. Así lo afirma la STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual *“el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva”, para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que “el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”* (SSTJUE de 21 febrero 2013, Banif Plus Bank Zrt,

apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 junio 2009, Pannon, apartado 32).

3.- Incluso el juez puede acordar practicar prueba sobre el carácter abusivo de la cláusula aunque la parte no lo haga, porque puede que la cláusula no sea abusiva por sí misma en algunos casos, sino que debe ser objeto de prueba.

4.- Una de las alegaciones que siempre se han realizado por quienes insertaban estas cláusulas se centraba en que eran las partes las que habían pactado de común acuerdo por lo que la intervención en estos pactos por la Administración suponía una intromisión en lo que las partes habían firmado. Pero ello se ha venido abajo por la validez del control de estas cláusulas ante la sistemática oscuridad en su determinación y la "aceptación" por los consumidores por la falta de información que tenían de lo que firmaban al ser práctica habitual la firma de contratos estereotipados y estandarizados.

Si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "*no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)*". Véanse, en este sentido, las sentencias, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38).

5.- El TS señala que el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "*se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*".

La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "*a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos*". Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el art. 10.2 LCU en su primitiva redacción "*a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas , condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*"

6.- Una de las claves de la sentencia del TS y de la declaración de nulidad de la cláusula no es por esta en sí misma, sino por la falta de transparencia de su traslación al conocimiento del consumidor que firmaba el contrato. Así, destaca que en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los arts. 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

Y a nivel de derecho comunitario ya se advierte que:

a) El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el art. 5 dispone que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

b) El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

c) La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

Ya el **TS** había apuntado en la **Sentencia 406/2012, de 18 junio** la importancia del control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta que cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como 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".

7.- La redacción de las cláusulas no puede estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

8.- El TS viene a destacar que las cláusulas suelo, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, **les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.**

La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así **engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.** El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

Y es que, este tipo de cláusulas, no tiene otra justificación que la de incrementar los beneficios de la entidades financieras a costa de los más desfavorecidos, los consumidores, que ven el impacto demoledor que este tipo de cláusula ejerce en sus modestas economías domésticas y familiares a causa de la confianza otorgada a la entidad financiera que ahora les ahoga.

9.- La Directiva 93/13 dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del art. 7.2 de *"si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas"*.

En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el art. 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el art. 53 TRLCU dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

A raíz de la STS de fecha 9 mayo 2013 las entidades bancarias solicitaron la aclaración de la misma, ampliando el TS sus pronunciamientos al respecto en los siguientes términos:

Respecto al "conocimiento" del consumidor el TS apunta que meros "formalismos carentes de eficacia", como puede ser la "lectura del contrato por parte del notario", no pueden sustituir el "perfecto conocimiento" de todos los términos del contrato. Según el TS, esto resulta imprescindible para que el consumidor decida si firma o no firma el contrato hipotecario.

La cuestión radica en cómo redactar los contratos para que se entiendan válidas, o no, las mismas. Pero debe quedar claro que, por un lado, no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. Y aun así es inviable aceptar que tal y como se firman estos contratos en masa, que lo son meramente de adhesión a redacciones ya preestablecidas, suponga que el consumidor está perfectamente informado de lo que firma. Además, la experiencia en multitud de casos como el caso de "las preferentes" y la sorpresa que se llevaron muchos consumidores cuando conocen "lo que realmente habían contratado" demuestra que en estos tipos de contratación el consumidor no está debidamente informado y no puede exigírsele que "acepte" lo que supone en realidad una cláusula claramente abusiva, ni aunque la hubiera firmado.

Paralelamente a esta sentencia del Tribunal Supremo, otros juzgados han declarado la nulidad de la cláusula suelo techo por la falta de transparencia, por resultar contraria a la reciprocidad de intereses con evidente desproporción para el consumidor, y por falta de buena fe negocial:

SAP BARCELONA de 13 de marzo de 2013 estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y declara la *nulidad de la cláusula suelo-techo* del préstamo hipotecario, condenando a la entidad financiera a devolver a los actores la cantidad indebidamente percibida y los intereses legales. La *cláusula suelo-techo* resulta contraria a la reciprocidad de intereses con evidente desproporción para el consumidor y en clara contradicción con la buena fe negocial, pues las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable en ningún caso será superior al 12% ni inferior al 4% (FJ 2).

SAP ALICANTE, de 23 de Julio de 2013 estima el recurso de apelación de los beneficiarios de un préstamo hipotecario y declara nula de pleno derecho la cláusula del mismo relativa a la limitación del interés remuneratorio declarando la subsistencia del préstamo en el resto de su contenido. La cláusula *techo* y suelo adolece de falta de claridad y transparencia y supone un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicios de los prestatarios (FJ 3 y 4). Como consecuencia deben restituirse las partes las prestaciones derivadas de dicha nulidad conforme a las modificaciones que, sin la cláusula anulada resultarían de aplicación en revisión (FJ 5).

Juzgado de lo Mercantil nº 1, Bilbao, S 10-12-2013, nº 247/2013, nº autos 699/2013
(Pte: Bermúdez Avila, Marcos) *estima la demanda y declara nula la cláusula suelo incluida en cada uno de los contratos de préstamo por falta de transparencia y, en consecuencia, condena a la entidad bancaria demandada a abonar a los actores las sumas indebidamente cobradas por aplicación de dicha cláusula (FJ 1-2).*

Juzgado de lo Mercantil nº 1, Bilbao, S 3-12-2013, nº 239/2013, nº autos 204/2013
(Pte: Bermúdez Avila, Marcos) *estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo, dada la falta de transparencia. Ha quedado acreditado que la entidad bancaria no ofrece la negociación de la cláusula suelo, la cual queda enmascarada, y no informa correctamente al cliente en relación con la carga económica que le va a suponer la contratación del préstamo en las condiciones fijadas, permitiéndole así optar entre diferentes productos financieros, de la misma o distinta entidad (FJ 1)*

Audiencia Provincial de Alicante, sec. 8ª, S 13-9-2012, nº 368/2012, rec. 168/2012
(Pte: García-Chamón Cervera, Enrique) *declara la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación en el contrato de préstamo hipotecario, pues la concurrencia del requisito relativo a causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato es evidente en nuestro caso porque si la cláusula techo -suelo se incluye en el contrato como mecanismo de protección de ambas partes ante la aleatoria variación de los tipos de interés aplicables durante la vigencia del contrato, solamente es la entidad financiera quien se beneficia de la misma, resultando imposible el ejercicio de la cobertura del riesgo de tipos de interés por parte del cliente ante la irrealidad de que se supere alguna vez el umbral del techo. (FJ 3). El efecto de la nulidad será el de la restitución de las cantidades abonadas por el actor mientras se aplicó la cláusula suelo, ahora declarada nula. (FJ 4).*

- **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS INTERESES MORATORIOS**

- Auto Juzgado Primera Instancia núm. 2 Marchena planteando cuestión Prejudicial.
- SAPB Sección 16, Rollo 1130/2011-Bm Auto 214/2012 Id Cendoj: 08019370162012200214

No cabe la adecuación de los intereses moratorios, ni a los intereses legales, ni a los de mora procesal, de otro modo, se incurriría en una moderación proscrita por el TJUE y el ordenamiento comunitario, y así añade esta parte a modo recordatorio que la Directiva 93/13/CEE es derecho SUPRANACIONAL al no haber sido

correctamente transpuesta en plazo por el Reino de España, siendo de aplicabilidad directa y recordando que las resoluciones judiciales del Tribunal de Luxemburgo son EJECUTABLES.

Y si en algo ha insistido la jurisprudencia del TJUE, de manera reiterativa, para descartar cualquier tipo de moderación judicial, es que no debe ponerse en peligro la consecución del objetivo a largo plazo del **EFECTO DISUASORIO** sobre los profesionales. Por ello, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no deben aplicarse frente a los consumidores. A mayor abundamiento, cualquier alternativa consistente en fijar un tipo de demora implica una moderación judicial que puede poner en peligro el indicado objetivo a largo plazo.

En su virtud,

AL JUZGADO SOLICITO: Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y de conformidad con su contenido tenga por instado

- **Nulidad de Actuaciones**, conforme a lo previsto en el art. 562.2 LEC en relación con el art. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ contra el Auto de (poner fecha auto*****) así como todas las actuaciones posteriores al mismo, en el que se declara que no cabe recurso de apelación, desestimando la oposición formulada por esta parte, retrotrayendo las mismas a la fecha de la citada resolución, con todas las consecuencias inherentes a la nulidad.
- **Subsidiariamente, RECURSO DE APELACIÓN** del Auto de ese Juzgado de (poner fecha*****) en relación, a la denuncia de nulidad por abusivas de las cláusulas que afectan al fundamento de la ejecución y las que determinan la cantidad exigible, detalladas en el cuerpo de este escrito y a la vista de los efectos de todas ellas en el presente procedimiento respecto del requisito procesal de la liquidez, del vencimiento anticipado para instar la ejecución como ELEMENTOS de orden público procesal de admisibilidad de la demanda de ejecución y falta de acreditación del cumplimiento del CÓDIGO DE BUENAS PRACTICAS BANCARIAS, de manera que, afectando a elementos de orden público procesal de admisión de la demanda de ejecución, proceda al inmediato sobreseimiento de esta ejecución y previos los trámites legales oportunos acuerde elevar los autos a la Audiencia Provincial de (**LUGAR) para su reparto, substantación y decisión del recurso interpuesto; a cuyo Tribunal, asimismo,

SOLICITO dicte resolución judicial por la que, estimando el recurso presentado, con estimación de los motivos alegados en el mismo desestime el auto apelado cuanto a la denuncia de nulidad por abusivas de las cláusulas que afectan al fundamento de la ejecución y las que determinan la cantidad exigible, detalladas en el cuerpo de este escrito y aquellas otras que de oficio, y en base a la STJUE Erika Jörös vs Aegon de 30 de mayo de 2013 (c-397/11) y la obligación que le impone la jurisprudencia comunitaria desde la Sentencia Pannon de 04 de junio de 2009 (c-243/08) haya podido apreciar esa Ilma. Audiencia Provincial y a la vista de los efectos que produce en el presente procedimiento respecto del requisito procesal de la liquidez, y expresión de los cálculos, del vencimiento anticipado para instar la ejecución como ELEMENTOS de orden público procesal de admisibilidad de la demanda de ejecución y falta de acreditación del cumplimiento del CÓDIGO DE BUENAS PRACTICAS BANCARIAS, de manera que afectando a elementos de orden público procesal de admisión de la demanda de ejecución, proceda a la estimación de este recurso, con la consecuencia del sobreseimiento de esta ejecución *ab initio* y con las consecuencias inherentes a la misma respecto de la protección al consumidor de este resultado que le favorece, con condena en costas a la ejecutante en ambas instancias.

OTROSÍ DIGO PRIMERO.- Que esta parte manifiesta su voluntad de subsanar cualquier incumplimiento de requisitos procesales en que hubiera incurrido, según lo establecido en el artículo 231 de la LEC.

AL JUZGADO SUPlico PARA ANTE LA SALA DE LO CIVIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE (LUGAR):** Que tenga por hecha la manifestación de ofrecimiento de subsanación.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: Que respecto de las tasas judiciales, en lo que pueda obligar a esta parte, no se exija a esta parte en virtud de lo dispuesto en la consulta vinculante del Ministerio de Hacienda V02129-04,

AL JUZGADO SUPPLICO: Que teniendo por hecha la anterior manifestación, acuerde de conformidad.

OTROSI DIGO TERCERO: Que de conformidad con lo señalado en el artículo 567 LEC, por el que

La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del Tribunal que despachó la ejecución la suspensión de la actuación recurrida, prestando, en las formas permitidas por esta ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir.

Y conforme al dictado de la STJUE Monika Kusionová, de fecha 10 de septiembre de 2014 (C-34/13), adopte las medidas de garantía de la efectividad del resultado de esta apelación que considere, entre ellas, la **suspensión inmediata de todas las actuaciones de ejecución, la anotación preventiva de la existencia del presente recurso y la paralización en su caso del libramiento de testimonios de las subastas que se hayan podido realizar**, al tratarse de una ejecución hipotecaria, en tanto que la continuación del presente procedimiento pudiere producir daños de difícil reparación, en todo caso económica, pero no la recuperación de la finca objeto de la ejecución, por lo que interesa al derecho de esta parte que SE PROCEDA A LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES EJECUTIVAS, siendo caución suficiente la misma finca objeto del procedimiento.

AL JUZGADO SUPPLICO PARA ANTE LA SALA DE LO CIVIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE (**LUGAR):** Que teniendo por hecha la anterior manifestación, acuerde de conformidad la suspensión de las actuaciones de ejecución, siendo la finca ejecutada caución suficiente para la suspensión de las actuaciones.

Es de justicia que pido en **lugar, a fecha de 2014

FDO. LETRADO

FDO. PROCURADOR