



Roj: **AJPI 1/2025 - ECLI:ES:JPI:2025:1A**

Id Cendoj: **30016420052025200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **09/01/2025**

Nº de Recurso: **328/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Pieza de oposición a la ejecución hipotecaria**

Ponente: **FERNANDO MADRID RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

JDO . IA. INSTANCIA N. 5 DE CARTAGENA

CALLE ANGEL BRUNA, 21, 6ª Planta

Teléfono: 67, Fax: 968326169

Correo electrónico: instancia5.cartagena@justicia.es

Equipo/usuario: EMR

Modelo: S40010 AUTO TEXTO LIBRE ART 206.1 2º LEC

N.I.G. : 30016 42 2022 0007839

POH PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC. HIPOTECARIA 0000328 /2022
0001

Procedimiento origen: EJH EJECUCION HIPOTECARIA 0000328 / 2022
sobre OTRAS MATERIAS

D/ña . BANCO SANTANDER SA

Procurador/a sr/a. ANTONIO BARBERO GIMENEZ

Abogado/ a Sr/ a.

D/ña .

Procurador/a Sr/a. Susana Alonso Cabezos

Abogado/a Sr/a. Andrés Galán Juan

AUTO

En Cartagena, a 9 de enero de 2025.

HECHOS

PRIMERO. - OBJETO DEL LITIGIO

1. Esta cuestión prejudicial surge al hilo de un proceso de ejecución hipotecaria iniciado a instancia del Banco de Santander, SA frente a Torcuato por el impago de las cantidades debidas. La parte demandada formula escrito de oposición a la ejecución solicitando la nulidad de tres cláusulas contractuales por abusivas que se aplicaron durante la vida del contrato a fin de que se compensen las cantidades que se podrían haber cobrado por la entidad bancaria indebidamente.

SEGUNDO.- ANTECEDENTES DE HECHO



2. En fecha 16 de mayo de 2006 la parte ahora ejecutada suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con el BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. El principal ascendía a 165.000 euros. Entre las cláusulas del contrato deben destacarse:

La estipulación 3.3 estableció un límite a la variación del tipo de interés, el tipo de interés anual nominal mínimo aplicable será de 3,00%. Es decir, una cláusula suelo.

La estipulación 4.1 fijaba una comisión de apertura por importe de 1.237,50 euros, a satisfacer por el prestatario a la formalización del contrato.

La cláusula 5 se refería a gastos y obligaciones a cargo del prestatario, su rúbrica era 5.1 Serán de cuenta de prestatario los siguientes gastos. Dentro de ella incluía, entre otros, estos subapartados:

5.1.1 Gastos preparatorios: (...) Gastos de tasación del/los inmuebles. Gastos de verificación registral del/los inmuebles.

5.1.2 Gastos e impuestos que se ocasionen por razón del presente contrato, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de primera copia para el Banco, así como los que origine su modificación o cancelación, y los gastos e impuestos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso, de las obras e instalaciones conformes a la cláusula SEGUNDA

5.1.3 Tributos y arbitrios de cualquier tipo que afecten a la finca hipotecada,...

3. El Banco Santander - titular actual del crédito [[1] Se formalizó fusión por absorción del Banco Popular, SA por el Banco de Santander SA - sociedad absorbente mediante escritura pública de 20 de septiembre de 2018.] - ante el incumplimiento reiterado del contrato por el consumidor prestatario declaró el vencimiento anticipado de la deuda, realizó el cierre de cuenta el día 15/6/2022. Según consta en la certificación de la deuda se han aplicado los siguientes tipos de interés remuneratorio:

Que los tipos de interés aplicados al préstamo número NUM000 , hoy número NUM001 a las fechas que a continuación se detallan, han sido los siguientes:

FECHA INICIO	FECHA FINAL	TIPO
16/05/2006	03/06/2007	3,500%
04/06/2007	03/05/2008	5,356%
04/05/2008	03/05/2009	5,840%
04/05/2009	03/05/2010	3,159%
04/05/2010	03/05/2011	2,365%
04/05/2011	03/05/2012	3,174%
04/05/2012	03/05/2013	2,649%
04/05/2013	03/05/2014	1,695%
04/05/2014	03/05/2015	1,727%
04/05/2015	03/05/2016	1,362%
04/05/2016	03/05/2017	1,138%
04/05/2017	03/05/2018	1,140%
04/05/2018	03/05/2019	1,059%
04/05/2019	03/05/2020	1,141%
04/05/2020	03/05/2021	0,984%
04/05/2021	03/05/2022	0,763%
04/05/2022	03/05/2023	1,013%

Y para que conste a los efectos legales oportunos, expido el presente certificado en Madrid, a 15 de junio de 2022.

4. Se presentó demandada de ejecución hipotecaria el día 13 de septiembre de 2022. Con carácter previo a su incoación se dio traslado sobre la posible existencia de abusividad, tal y como exige la legislación procesal española, concretamente sobre la cláusula de intereses de demora. Formuló alegaciones el demandante.

5. Se despachó ejecución mediante auto de 18 de abril de 2023.

6. La parte ejecutada formuló oposición a la ejecución mediante escrito de fecha 5/5/2023. Su oposición impugnaba la validez de las cláusulas siguientes: comisión de apertura, cláusula suelo y cláusula gastos.



7. La parte ejecutante, Banco de Santander - sucesor del Banco Popular impugnó la oposición a la ejecución. Justificaba su postura en que la oposición a la ejecución presentada no tenía encaje en el artículo 695.1.40 LEC, ya que las cláusulas impugnadas no constituyen el fundamento de la oposición.

8. Tras la celebración de la vista se dictó providencia el día 16/10/2024 con el siguiente tenor:

Acuerdo dar traslado a las partes por 10 días a fin de que aleguen, teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad, sobre cómo debe interpretarse el artículo 695.1.40 LEC:

- Si el alcance del control de abusividad en el incidente de oposición a la ejecución está limitado a las cláusulas que se han aplicado en las operaciones de liquidación de la deuda que se ha aportado por el ejecutante en su demanda.

- Si en la oposición a la ejecución cabe analizar la posible abusividad de otras cláusulas, como las impugnadas por la parte ejecutada, que se aplicaron anteriormente y que podrían influir si se declarase su nulidad en la cantidad exigible por compensación. Esas cláusulas serían: la comisión de apertura, la cláusula suelo o la cláusula gastos. Y, en su caso, qué importes serían deducibles.

Igualmente, las partes deberán alegar, en el mismo plazo, sobre la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Justicia respecto a la interpretación del artículo 695.1.40 LEC.

9. La parte ejecutada manifestó:

Los concretos importes en que habría de reducirse la suma reclamada serían:

- En cuanto a la comisión de apertura, la cantidad de 1.237,50 €, como se establece en la cláusula 4.1 de la escritura de préstamo.

- En cuanto a los gastos, el 50% del importe de notaría, así como el 100% de las facturas de registro, gestoría y tasación.

- Y en cuanto a la cláusula suelo, la suma resultante de restar a los intereses efectivamente abonados, lo que habrían sido satisfechos de no haberse aplicado la cláusula suelo. Para el cálculo de esta suma habrá de requerirse a la entidad demandada para que facilite el cuadro de amortización completo al objeto de realizar el cálculo indicado.

Además, manifestó que podría resultar oportuno formular cuestión prejudicial solicitar al TJUE que se pronuncie respecto a la interpretación del artículo 695.1.40 LEC con carácter previo a la resolución del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, si el juzgado lo considera conveniente, a la vista de lo previsto en el art. 267 del TFUE y conforme a lo previsto en el art. 4 BIS LOPJ.

10. La parte ejecutante alegó que existe reiterada jurisprudencia que viene interpretando que el art.695.1.4 LEC en el sentido de que no cabe alegar la inclusión de cláusulas abusivas que no hayan determinado la cantidad exigible ni de aquellas otras que no constituyan el fundamento de la ejecución; cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Secc.I, 13 de enero de 2015, Rec. núm. 1537/2005 (RO): STS 276/2015 -). Entiende que la parte ejecutada puede y debe acudir al procedimiento declarativo para impugnar esas cláusulas. Mantiene que no resulta necesario plantear cuestión prejudicial sobre el art. 695.1.4a LEC, dado que por una parte, dicho precepto no resulta contrario al principio de equivalencia del derecho de la Unión Europea y que, por otro lado, no se reclama ninguna cantidad en concepto de las cláusulas que se reputan como abusivas de adverso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- MARCO JURÍDICO

A) NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA. DIRECTIVA 93/13

11. El artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone:

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

12. Artículo 6.

1. 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.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

13. Artículo 7.

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, 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 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.

14. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el procedimiento hipotecario español en varias ocasiones: sentencia de 14 de marzo de 2013, Asunto C- 415/11 (ECLI: EU:C:2013:164); auto, Sala Primera, de 14 Nov. 2013, asuntos acumulados C537/2012 y C-116/13, si bien se referían a la normativa nacional anterior. Sobre la comisión de apertura se debe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 Mar. 2023, Rec. C- 565/2021 respecto a la comisión de apertura; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 Jul. 2020, C-224/2019 sobre comisión de apertura y cláusula gastos de constitución.

15. Respecto al principio de equivalencia puede citarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 26 Ene. 2017, C421/2014, ECLI: EU:C:2017:60 parágrafo 43, declara que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, que la citada disposición atribuye a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 71).

16. Sobre la posibilidad de acordar de oficio por el Tribunal diligencias de prueba debe citarse la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10, ECLI: EU:C:2012:349, apartado 44 y jurisprudencia citada).

B) *NORMATIVA ESPAÑOLA*

1-LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL [[3] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-3~3&tn=l&p=20231220>]

a) *DISPOSICIONES SOBRE PRUEBA*

17. Artículo 216 LEC.

Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

18. Artículo 219 LEC

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

b) *PROCEDIMIENTO DECLARATIVO*

19. Art. 250.1 LEC



"Se decidirán por los trámites del juicio verbal:

14.º Las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia."

20. Al tiempo de formular la oposición por el deudor, la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación a través del juicio ordinario, art. 249.1.5 LEC - versión anterior al Real Decreto Ley 6/2023 -. Ambos procedimientos, juicio verbal y juicio ordinario, exigen que se presente demanda con abogado y procurador, artículos 23.1 y 31.2 LEC. [[4] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&tn=l&p=20230318>]

21. Art. 394 LEC

1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

c) *PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN*

22. Artículo 561 LEC.

1. Oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:

1ª Declarar procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda.

El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 para la condena en costas en primera instancia.

23. Artículo 685 Ley de Enjuiciamiento Civil- redacción vigente al tiempo de la presentación de la demanda -.

"1. La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.

2. A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.

En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca."

24. Artículo 695 LEC.

"1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

4.a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.a y 3.a del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4.a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva. El auto se pronunciará expresamente sobre el carácter abusivo de las cláusulas examinadas, y una vez firme, dicho pronunciamiento tendrá eficacia de cosa juzgada.



4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.0 anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten."

25. Artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone:

"1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. [...] 2-CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

26. Artículo 12.2 de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación regula las acciones de cesación, retractación y declarativa [[5] [https:// www.boe.es/ buscar/ act.php?id=BOE-A-1998-8789](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789)], dispone:

2. 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, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones."

3-PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

27. Ley General de defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984 [[6] [https:// www.boe.es/ buscar / doc. ph p ?id=BOE-A-1984-1673 7](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737)]- norma vigente al tiempo de la firma del contrato- en su artículo décimo disponía:

"1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del Interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye: (...) 3. Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4. Condiciones abusivas de crédito.

5. Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación. (...) 2. 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.

Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean mas beneficiosas que éstas. (...) 4. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo. (...) 28. Actualmente la regulación sobre cláusulas abusivas se encuentra en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16



de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias [[7] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>].

SEGUNDO.- FUNDAMENTACIÓN DE LA NECESIDAD Y PERTINENCIA

29. La interpretación que se pide al TJUE es pertinente por cuanto resulta determinante para decidir si el carácter abusivo de cláusulas contractuales, que no son objeto de la liquidación reclamada en la ejecución hipotecaria, puede examinarse en este trámite procesal y, en caso afirmativo, determinar el alcance de este examen. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre las tres cláusulas aquí impugnadas pero lo ha hecho en el proceso declarativo, no en oposición a la ejecución.

30. Es también necesaria, pues el sentido y extensión de la resolución que ponga fin al proceso depende de la interpretación que proporcione el Tribunal de Justicia.

A) SOBRE LA PRIMERA PREGUNTA PREJUDICIAL

31. La interpretación que vienen dando las audiencias provinciales sobre el artículo 695.1.40 LEC, determinando qué cláusulas pueden impugnarse durante la oposición a la ejecución, se limita a aquellas que ha tenido en cuenta la entidad bancaria para calcular la deuda de reclama, al tiempo de realizar el cierre de cuenta y emitir la certificación de deuda. [[8] Auto Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 4 del 24 de mayo de 2024 (ROJ: AAP B 5488/2024- ECLI:ES:APB:2024:5488A) nº 131/2024; Recurso: 137/2023;_ Auto Audiencia Provincial de Girona, Civil sección 1ª, del 17 de julio de 2024, nº 299/2024, re c. 1356/2023 (ROJ: AAP GI 1037/2024- ECLI : ES:APGI :2024:1037 A), Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Auto 39/ 2024 de 5 Mar. 2024, Rec. 272/ 2023, ECLI: ES:APMU:2024:450º, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1º, Auto 21/2024 de 15 Ene. 2024, Rec. 401/2023 ECLI: ES:APMU:2024:397A].

32. Como sucede en este litigio, esta interpretación, unánime en las Audiencias Provinciales, implica excluir otras cláusulas que se han aplicado anteriormente durante la vigencia del contrato y que, para el caso de ser declaradas abusivas, permitirían al consumidor reducir la deuda reclamada a través de la compensación. Se trata de una situación frecuente en los incidentes de oposición a la ejecución hipotecaria.

33.- Sin embargo, esto no significa que el consumidor quede completamente desprotegido, pues el posible carácter abusivo de esas otras cláusulas puede invocarse promoviendo otro proceso declarativo separado. Ahora bien, para ello deberá el consumidor presentar demanda de juicio verbal con abogado y procurador, si bien, durante la tramitación del procedimiento declarativo continuará la ejecución hipotecaria por todas las cantidades reclamadas en la demanda de ejecución. Además, se le deberían imponer las costas del incidente de oposición a la ejecución al consumidor [[9] Así, por ejemplo, auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, nº 309/2022 de 27 Jun. 2022, Rec. 291/2022 (ECLI : ES:APMU:2022:653A): «a los ejecutados les queda abierta la puerta de acudir al juicio declarativo correspondiente, como les permite el artículo 698 LEC, para obtener la nulidad de las cláusulas y comisiones que no constituyan el fundamento de la ejecución o de la cantidad reclamada, así como las posibles consecuencias restitutorias derivadas de dicha nulidad». Igualmente, las resoluciones recogidas en la cita anterior imponen las costas del incidente al consumidor.] .

B) SOBRE LA SEGUNDA PREGUNTA PREJUDICIAL

34. Esta pregunta se formula sólo para el caso de que, de acuerdo con la interpretación del derecho de la Unión, el control del carácter abusivo de las cláusulas a que se refiere la primera pregunta fuese posible.

35. En este litigio el consumidor impugna tres cláusulas. A excepción de la cláusula que estableció la comisión de apertura, respecto de la que su «coste» (1.237,50 euros) consta recogido en la escritura pública de 16 de mayo de 2006, las otras dos resultan indeterminadas en su importe.

36. Para la determinación de ese importe el derecho procesal español, de acuerdo con los principios dispositivo y de aportación de parte, exige que la parte interesada no sólo lo reclame, sino que también pruebe su realidad y extensión. Si no lo ha hecho, pierde la oportunidad de hacerlo.

37. Siendo una cuestión que cae de lleno en el ámbito de la autonomía procedimental de los Estados miembros, la duda surge en relación a si el principio de efectividad se opone a una norma procesal nacional que, una vez declarado el carácter abusivo de una cláusula contractual, impide que la parte interesada aporte nueva prueba sobre el importe soportado en relación con las cláusulas abusivas, que el juez ordene su práctica de oficio o que se deje su determinación para un momento posterior a la declaración de nulidad de la cláusula, conforme al art. 219.2 LEC

PARTE DISPOSITIVA

CUESTIONES,



ACUERDO.

1) ¿ Deben interpretarse los arts. 3, 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como el art. 695.1.40 LEC conforme se interpreta por las Audiencias Provinciales que impide valorar el carácter abusivo de aquellas cláusulas que no han sido aplicadas por el acreedor al liquidar la deuda que está reclamando, pero sí lo fueron en un momento anterior y podrían compensarse las cantidades que se hubieran cobrado indebidamente?.

2) Para el caso de que sea posible el control de abusividad de dichas cláusulas, ¿ deben interpretarse los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el artículo 695.2 de la LEC que impide al consumidor la posibilidad de aportar documentación tras su escrito de oposición a la ejecución, no prevé que el Tribunal pueda practicar prueba de oficio al respecto e impide determinar su importe en un momento posterior a la resolución que pone fin al incidente de oposición a la ejecución?.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas advirtiéndoles que frente a la misma no cabe recurso alguno, así como que suspende la tramitación del presente procedimiento.

Igualmente, acuerdo que se remita testimonio de la presente resolución y de escritos y documentos relevantes al Tribunal Europeo de Justicia para que, en su caso, tras su admisión, se dé respuesta a las cuestiones planteadas.

Así lo acuerda, manda y firma, Fernando Madrid Rodríguez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n o 5 de Cartagena.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda .

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, comunicados con fines contrarios a las leyes.