

Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior

Vicente PÉREZ DAUDÍ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

Diario La Ley, Nº 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

LA LEY 6528/2014

En este artículo se analiza la STJUE de 17 de julio de 2014 que declara que no se adecua a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y al art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la previsión del art. 795.4 LEC de no permitir que el ejecutado recurra en apelación el auto que resuelva la oposición cuando se hubieran alegado la existencia de cláusulas abusivas y la no posibilidad de adoptar la medida cautelar de suspensión en el proceso declarativo posterior previsto en el art. 698 LEC. También se estudia la reforma del art. 795.4 LEC por la disp. final 3.ª RD 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Normativa comentada

Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 Abr. 1993 (cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores).

Artículo 7

RDL 11/2014 de 5 Sep. (medidas urgentes en materia concursal)

Jurisprudencia comentada

TJUE, Sala Primera, S, 17 Jul. 2014 (C-169/2014)

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de julio de 2014 la Sala Primera del TJUE (asunto C-169/2014) ha vuelto a dictar una sentencia en la que se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español respecto de la compatibilidad del proceso de ejecución hipotecaria regulado en los arts. 681 a 698 LEC con la normativa de la Unión Europea, especialmente con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y en general con la protección de los consumidores.

En esta ocasión las cuestiones prejudiciales fueron presentadas por la Audiencia Provincial de Castellón. El Tribunal español las plantea en el ámbito del recurso de apelación interpuesto por el deudor hipotecario contra el auto del juzgado de primera instancia que desestimó la oposición en la que se alegaba la existencia de una cláusula de carácter abusivo. El Tribunal de instancia admitió a trámite el recurso de apelación, pero la Audiencia Provincial interpone la cuestión porque el art. 695.4 LEC prevé que no se admitirá ningún tipo de recurso contra la resolución que desestime la oposición a la ejecución hipotecaria, sin perjuicio de acudir al proceso declarativo posterior.

La Audiencia Provincial de Castellón plantea dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que determine la adecuación al ordenamiento comunitario de la previsión del art. 695.4 LEC, concretamente con la Directiva 93/13/CEE y el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Antes de analizar la sentencia hay que recordar que el JPI núm. 7 de Avilés planteó una cuestión de inconstitucionalidad del art. 695.4 LEC en el que alegaba era inconstitucional por el distinto tratamiento procesal que recibían ejecutante y ejecutado en los recursos procesales que podían interponer contra la resolución de la oposición a la ejecución.

El Ministerio Fiscal se opuso a la admisión de la cuestión no tenía una influencia en la resolución del incidente de oposición, sino en los recursos que se podían interponer posteriormente contra la misma, y aún no se había planteado la aplicación del art. 695.4 LEC. Como argumento de fondo defendía la constitucionalidad de la previsión y justificaba el distinto tratamiento procesal en la no producción de efectos de cosa juzgada y, consecuentemente, en la posibilidad que tenía el ejecutado de acudir a un proceso declarativo posterior.

El pleno del Tribunal Constitucional inadmitió en el auto 71/2014, de 10 de marzo, la cuestión afirmando que:

«En el Auto de planteamiento falta una determinación concluyente del juicio de aplicabilidad y relevancia, al no presentarse el precepto cuestionado como decisivo para la resolución del incidente, por carecer de información específica sobre el signo del pronunciamiento pendiente, lo que impide determinar si dará lugar o no a la aplicación del párrafo segundo del art. 695.4 LEC; al no constar tampoco cuál sería la intención impugnatoria de la parte ejecutada en caso de no obtener satisfacción a su pretensión en la resolución judicial, como no puede ser de otro modo antes del dictado de la misma; y, finalmente, al no existir la conexión necesaria entre el fallo y el párrafo segundo del art. 695.4 LEC en los términos que el Juez aduce.»

En dicho auto no se realiza ninguna consideración sobre la cuestión de fondo planteada.

El antecedente inmediato de esta cuestión, y al que hace referencia el informe del Ministerio Fiscal, es el ATC 113/2011, de 19 de junio. En esta resolución se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JPI núm. 2 de Sabadell «por posible vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 47 de la Constitución por los siguientes preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC): el art. 695, que establece los motivos limitados de oposición al despacho de ejecución hipotecaria; el art. 698, que remite al juicio que corresponda el enjuiciamiento de cualquier otro motivo de reclamación que el deudor pueda formular, sin que en ningún caso dicho procedimiento pueda producir la suspensión de la ejecución; y en conexión con los preceptos anteriores, el art. 579.2, que dispone la continuidad de la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución si el producto de la subasta del bien hipotecado fuese insuficiente para cubrir el crédito» (FD 1.º del ATC 113/2011).

El ATC 113/2011, tras inadmitir la cuestión, realiza unas consideraciones sobre la cuestión planteada en el FD 4.º y ratifica la constitucionalidad argumentándolo en sus pronunciamientos anteriores:

«Porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre, FJ 4; y 223/1997, de 4 de diciembre, FF.JJ. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre, FF.JJ. 5, 6 y 7.»

Una vez más el TJUE ha tenido que dictar una sentencia tras un auto de inadmisión del Tribunal Constitucional en el que se planteaba sustancialmente lo mismo. El antecedente fue precisamente la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 y el ATC citado 113/2011. En este caso la gravedad, tal como expondrá a continuación, es que el TJUE ha declarado que el art. 695.4 LEC infringe el principio de igualdad de armas procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es el equivalente al art. 24 CE. En mi opinión esta declaración hubiera tenido que hacerla el Tribunal Constitucional ya que tuvo la oportunidad en la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el 2010 por el JPI núm. 2 de Sabadell y el 14 de noviembre de 2013 por el JPI núm. 7 de Avilés.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre la compatibilidad del proceso hipotecario español con la normativa europea, en especial con la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Hasta el momento el TJUE ha dictado las sentencias de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-164/2013), de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/2013), de 30 de abril de 2014 (Asunto C-280/2013) y el auto de la Sala primera del TJUE de 14 de noviembre de 2013 (Asuntos acumulados C-537/2012 y 116/2013).

La primera de las sentencias que se pronunció directamente sobre el proceso de ejecución hipotecaria fue la sentencia de 14 de marzo de 2013. La transcendencia de la misma fue que declaró que la regulación no se adecuaba a la Directiva 93/13/CEE ya que debía permitir que el órgano jurisdiccional pudiera analizar de oficio la existencia o no de cláusulas abusivas y que el ejecutado pudiera alegarlo, bien en el mismo procedimiento de ejecución o en uno posterior permitiendo que se pudiera adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria.

La consecuencia fue que el legislador español aprobó la Ley 1/2013 en el que introdujo la posibilidad de que el Tribunal analizara de oficio la existencia de cláusulas abusivas y que el ejecutado la pudiera alegar como motivo de oposición a la ejecución. El régimen de recursos contra la decisión judicial era que si apreciaba la existencia de una cláusula abusiva se sobreseería la ejecución, permitiendo interponer recurso de apelación. Sin embargo, si no concurría proseguía la ejecución sin posibilidad de recurrir en apelación la resolución. El ejecutado podía plantearlo en un proceso declarativo posterior, que en ningún caso podría suspender el proceso de ejecución hipotecaria.

Esta regulación provocó que el JPI núm. 1 de Catarroja planteara una cuestión prejudicial ante el TJUE en el que planteaba, entre otras cosas, si «¿debe interpretarse la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a un órgano jurisdiccional, que conoce de un proceso de ejecución hipotecaria como el regulado en los arts. 681 a 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (...), suspender dicho procedimiento en el supuesto de que posteriormente se inicie un procedimiento declarativo en el que se solicite que se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, habiéndose utilizado dicho contrato para iniciar el citado procedimiento de ejecución?».

Esta cuestión fue resuelta por el TJUE a través del auto de 14 de noviembre de 2013. En el FD 54 afirma que «como el Tribunal de Justicia declaró en el ap. 59 de la sentencia *Aziz* (sentencia de 14 de marzo de 2014), antes citada, un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su resolución final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13».

En el FD 56 declara que la protección a posteriori que ofrece el proceso declarativo y que se meramente indemnizatoria, al no permitir adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria, no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula en contra de lo que establece el art. 7.1 de la Directiva 93/13 (sentencia *Aziz*, ap. 60).

Finalmente concluye en el FD 60 que:

«Ha de responderse a las dos cuestiones en el asunto C-537/2012 y a las dos primeras cuestiones en el asunto C-116/2013 que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula.»

La importancia del auto citado es que reitera la doctrina ya fijada en la sentencia de 14 de marzo de 2012. En la sentencia de 14 de marzo de 2012 parecía ofrecer al legislador español una alternativa para adecuar la regulación del proceso hipotecario de la LEC a la Directiva 93/13/CEE y era que permitiera analizar de oficio al Tribunal encargado de la ejecución la existencia de cláusulas abusivas y al consumidor alegarlo, bien como motivo de oposición o bien en un declarativo posterior en el que se pudiera adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria. En este auto el TJUE se vuelve a referir a esta cuestión reiterando que es contrario a la Directiva 93/13/CEE no permitir que se adopte medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución.

Es importante destacar que la resolución del TJUE adopta la forma de auto porque, tal como expone en el FD 36: «Con arreglo al art. 99 del Reglamento de Procedimiento, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal de Justicia ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».

Efectivamente, la cuestión prejudicial planteada es esencialmente idéntica a la resuelta por la sentencia de 14 de marzo de 2013 (Cuestión C-415/2011, caso *Aziz*) y reitera la doctrina ya expuesta en la misma.

Las otras dos sentencias se pronuncian sobre la posibilidad de integrar los intereses moratorios cuando éstos tengan carácter abusivo y la no aplicación de la Directiva 93/13/CEE a la regulación legal,

especialmente a la nueva redacción del art. 579 LEC (sentencias de 30 de abril de 2014, asuntos C-26/2013 y C-280/2013 respectivamente).

III. LA MODIFICACIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO ESPAÑOL PARA ADAPTARLO A LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

El legislador español adaptó el proceso hipotecario español a la regulación comunitaria a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. En el art. 7 modifica diez artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir que el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte a través de la oposición a la ejecución, pudiera apreciar la existencia de cláusulas abusivas y pueda decretar la improcedencia de la ejecución o bien despacharla sin aplicación de las consideradas abusivas. También da nueva redacción a los arts. 579, 647.1, 654, 668, 670, 671, 682, 683 y 695 LEC.

Tal como se ha expuesto el TJUE, en la sentencia de 14 de marzo de 2013 y en el auto de 14 de noviembre de 2013, parecía dar una alternativa al legislador español para adecuar el proceso hipotecario a la Directiva 93/13/CEE:

- Por un lado permitir que el órgano judicial apreciase de oficio la existencia de cláusulas abusivas y que el deudor hipotecario pudiera alegarla como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria.
- Por otro autorizar que el juez que conozca del declarativo en el que se plantee la declaración de cláusulas abusivas pudiera adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria.

El legislador opta por la primera de las opciones autorizando al Tribunal a analizar de oficio la existencia de cláusulas abusivas (art. 552.1 LEC) y ampliando las causas de oposición a la ejecución de título no judicial a la alegación de la existencia de cláusulas abusivas (art. 695 LEC).

IV. EL PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN EN RELACIÓN CON LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR EN APELACIÓN POR PARTE DEL EJECUTADO CUANDO SE DESESTIME LA OPOSICIÓN Y LA REMISIÓN AL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR, SIN POSIBILIDAD DE ADOPTAR UNA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La sentencia de 17 de julio de 2014 resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Castellón que tienen como elemento común el motivo por el que no se permite recurrir en apelación al ejecutado que ha visto desestimada su oposición y se le remite al proceso declarativo, ya que el auto desestimatorio sólo produce efectos en el ámbito del proceso de ejecución hipotecaria. La Audiencia Provincial de Castellón plantea las cuestiones prejudiciales al considerar que esta previsión se opone al art. 7.1 Directiva 93/13/CEE y al art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El TJUE las resume en una única (FD 21), analizando el trato desigual a las partes por no permitir al ejecutado recurrir la resolución de la oposición a la ejecución hipotecaria, como si se permite al ejecutante; y la no posibilidad de adoptar una medida cautelar que asegure de forma específica la acción que se ejercita en el proceso declarativo posterior y que puede afectar al proceso de ejecución hipotecaria.

V. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 17 DE JULIO DE 2014 DECLARANDO QUE LA REGULACIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO ESPAÑOLA TRAS LA REFORMA POR LA LEY 1/2013 SE OPONE AL ARTÍCULO 7.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE Y AL ARTÍCULO 47 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia de 17 de julio de 2014 se pronuncia sobre estos extremos y declara que:

«El art. 7, apartado 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, en relación con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.**»

La importancia y trascendencia de esta declaración es que el TJUE vuelve a afirmar que la regulación española del proceso de ejecución hipotecaria española no se adecua a la regulación comunitaria, especialmente a la Directiva 93/13/CEE y al art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Elo obligará por un lado a que los Tribunales apliquen las normas procesales de conformidad con lo declarado por el TJUE (ver por todas la STC, Sala Primera, núm. 145/2012, de 2 de julio FD 5) y por otro a que el legislador vuelva a reformar el proceso de ejecución hipotecaria para adaptarlo a las exigencias de la normativa comunitaria. Para realizarlo de una forma adecuada es importante analizar los motivos por los que el TJUE ha dictado esta sentencia.

La sentencia argumenta su declaración en dos argumentos:

- Por un lado que el proceso de ejecución hipotecaria no puede ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, por lo que lo máximo que podrá acordar es una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor.
- Por otro en que el consumidor no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestima la oposición a la ejecución, mientras que el acreedor ejecutante sí que lo puede interponer contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de la cláusula abusiva.

1. Las medidas cautelares en el declarativo posterior

Uno de los motivos por los que la STJUE de 17 de julio de 2014 declara que la regulación española se opone a la normativa comunitaria es la relación entre el proceso de ejecución hipotecaria y el juicio declarativo posterior.

El art. 698 LEC prevé que «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 título».

En el art. 698.2 LEC sólo se permite que se adopte como medida cautelar la retención de todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor. Este precepto no fue modificado por la Ley 1/2013 que adaptó la legislación de la ejecución hipotecaria de la LEC a la STJUE de 14 de marzo de 2013. Aplicando este precepto tras la reforma del proceso de ejecución hipotecaria la jurisprudencia mayoritaria ha desestimado la solicitud de la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria. En este sentido se han pronunciado recientemente los AAAP Madrid 147/2014, de 2 de junio (Secc. 8.ª) y de 21 de mayo de 2014 (Secc. 19.ª), al interpretar que lo que permitía la sentencia del TJUE era que el legislador optara por ampliar las causas de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria o permitir la adopción de medidas cautelares, incluida la suspensión del proceso de ejecución, en el declarativo posterior. Sin embargo hay otras resoluciones judiciales que han adoptado la medida cautelar de suspensión (así el AJM Burgos de 12 de marzo de 2014) que cita la STJUE de 14 de marzo de 2013 y la aplica directamente.

La sentencia de 17 de julio de 2014 analiza esta prohibición relacionándolo con la imposibilidad de que el ejecutado pueda lograr la reparación específica de su derecho. En el FD 43 analiza la regulación del art. 698 LEC y su relación con el proceso de ejecución hipotecaria. Así afirma que «la tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco del 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». Finalmente concluye que es una protección incompleta e insuficiente y que no constituye un medio adecuado y eficaz en el sentido del art. 7.1 Directiva 93/13/CEE, para lograr 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.

Es decir, lo que afirma el TJUE es que la reparación genérica no respeta la protección del consumidor exigida por la normativa comunitaria. La única opción para restaurar el derecho del consumidor y que se logre la no aplicación de la cláusula considerada abusiva es adoptar una medida cautelar que asegure específicamente la acción ejercitada. En ocasiones la única medida cautelar idónea será la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria. Pero ya anticipo que no se puede acudir con carácter general a esta medida, tal como expondré a continuación, habiendo otras que son menos gravosas para el ejecutante y que también son eficaces para asegurar la reparación específica del ejecutado.

2. El recurso de apelación contra la resolución desestimatoria de la oposición formulada por el ejecutado

La esencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP Castellón fue la desigualdad de trato procesal que recibía el consumidor ejecutado ya que en el caso en que se desestime la oposición no se le permite interponer el recurso de apelación y se le remite al proceso declarativo posterior. Sin embargo el art. 695.4 LEC permite que el ejecutante pueda presentar recurso de apelación contra la resolución que estime la oposición a la ejecución.

En la *ratio decidendi* de la sentencia se justifica la oposición a la normativa comunitaria. En el FD 36 recuerda que el principio de tutela judicial efectiva no exige el derecho a una doble instancia judicial, sin embargo, a continuación analiza el proceso de ejecución hipotecaria y lo describe como un privilegio para el ejecutante, lo que «hace aún más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pueda obtener una tutela judicial eficaz». Y esta declaración la vincula con la posibilidad de adoptar la medida cautelar de suspensión del proceso de ejecución hipotecaria en el proceso declarativo.

En los FF.DD. 48 a 50 analiza el distinto tratamiento al ejecutante y ejecutado en el régimen de recurso contra la resolución que decida la oposición desde la perspectiva del principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, que forma parte integrante del principio a la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y que está reconocido en el art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el FD 50 concluye que:

«Es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13/CEE, interpretada en relación con el art. 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13/CEE atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.»

VI. LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 17 DE JULIO DE 2014. LA DISPOSICIÓN FINAL TERCERA DEL REAL DECRETO-LEY 11/2014, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA CONCURSAL

Una vez expuestos los antecedentes jurisprudenciales y la *ratio decidendi* de la STJUE de 17 de julio de 2014 analizaré los efectos que puede tener en la práctica de los Tribunales. Para ello me centraré en los argumentos que utiliza la sentencia como son los que afectan al recurso de apelación y al declarativo posterior.

El legislador español aprovechó la tramitación de una reforma en materia concursal a través del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, para modificar el art. 695.4 LEC y adaptarlo a la sentencia comentada. El texto de este artículo, después de la reforma, tendrá la siguiente redacción:

«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

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

Este Real Decreto fue publicado en el BOE de 6 de septiembre de 2014, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Además el RDL 11/2014 prevé en la disp. trans. 4.ª que:

«1. La modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disp. final 3.ª del presente real decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el art. 675 LEC.

2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este real decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del 695.4 LEC, en la redacción dada por este real decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el art. 557.1.7.º y en el art. 695.1.4.º LEC. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

3. La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.»

Hay que reconocer que en esta ocasión el legislador ha actuado con rapidez para adaptar el art. 695.4 LEC a la STJUE de 17 de julio de 2014. Sin embargo, en mi opinión la misma es insuficiente porque no permite la interposición del recurso de apelación contra todo tipo de resoluciones desestimatorias de la oposición a la ejecución y no modifica el art. 698 LEC para permitir la adopción de medidas cautelares en el proceso declarativo posterior que aseguren la eficacia del mismo.

1. Efectos sobre los recursos que caben contra la resolución que desestime la oposición a la ejecución

A) La reforma del art. 695.4 LEC por el Real Decreto-Ley 11/2014

El art. 695.4 LEC preveía que contra la resolución que estimara la oposición a la ejecución se podía interponer el recurso de apelación, mientras que la resolución desestimatoria no era recurrible en apelación, limitando sus efectos al proceso de ejecución en que se dicte. El efecto inmediato de la STJUE de 17 de julio de 2014 debía ser que los tribunales españoles permitan la interposición del recurso de apelación contra los autos que desestimen la oposición a la ejecución hipotecaria.

La reforma de este precepto por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, ya prevé el recurso de apelación contra la resolución desestimatoria, si bien lo limita a la causa de oposición prevista en el art. 557.1.7 LEC. Es decir, la alegación de la existencia de una cláusula abusiva.

Entiendo que esta reforma es insuficiente ya que el TJUE declara en la sentencia de 17 de julio de 2014 que la diferencia de trato al ejecutante y al ejecutado al regular el régimen de recursos contra la resolución de la oposición a la ejecución hipotecaria es contrario al principio de igualdad de armas procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y esta doctrina es aplicable tanto si se ha alegado la existencia de cláusulas abusivas como cualquier otro motivo de oposición.

Con la disp. trans. 4.ª se resuelve el problema que se planteaba en los casos en que se hubiera notificado la resolución desestimatoria y ya hubiera transcurrido el plazo de 20 días para interponer el recurso de apelación. En esta disposición prevé que cuando el proceso no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo dispuesto en el art. 675 LEC el ejecutado podrá interponer el recurso de apelación contra la resolución desestimatoria de la oposición basada en la existencia de cláusulas abusivas en el plazo preclusivo de un mes, que se computa desde el día siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley. Al ser publicado en el BOE de 6 de septiembre ha entrado en vigor el 7 de septiembre de 2014, con lo que el plazo termina el 7 de octubre de 2014.

B) La problemática del régimen de recursos contra la resolución que resuelva el planteamiento de oficio del análisis de la existencia de una cláusula abusiva

Con la modificación legislativa no queda resuelta si la doctrina de esta sentencia se puede extender a la resolución de la apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas. Cuando ésta se realice antes del auto dictando la orden general de ejecución, tal como prevé el art. 552.1 LEC, no es posible porque el ejecutado debe tener la posibilidad de plantearlo como oposición a la ejecución hipotecaria. Además el régimen de recursos del proceso de ejecución ya prevé que contra el auto despachando ejecución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de plantear la oposición a la ejecución.

Una cuestión distinta se plantearía en el caso en el que el análisis de oficio se plantee después de dictar el auto con la orden general de ejecución. En este caso el ejecutado no tendrá la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria, por lo que debe recibir el mismo tratamiento procesal que el ejecutante. La LEC no prevé expresamente el régimen de recursos, pero entiendo que debe admitirse el recurso de apelación al ser un auto definitivo que resuelve la cuestión en el ámbito del proceso de ejecución y por analogía con lo previsto en el art. 695.4 LEC.

Si la ejecución hipotecaria ya hubiera finalizado el ejecutado deberá instar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones de los arts. 228 LEC y 241 LOPJ. El incidente de nulidad debe articularse a través de lo previsto en los arts. 562.3 y 225 y ss. LEC.

En todo caso considero que es conveniente que se adjunte a dichos escritos copia de la STJUE de 17 de julio de 2014. En principio puede no parecer necesario, pero la STC, Sala Primera, 145/2012, de 2 de julio, en el caso concreto apreció la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por no aplicar una sentencia del TJUE y resultar incuestionable que la conocía por haber sido aportada por la parte recurrente.

C) El posible recurso de apelación contra la resolución que desestime la oposición a la ejecución por una causa distinta a la alegación de una condición general de la contratación

Por último la reforma realizada es insuficiente. El legislador español ha limitado la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra las resoluciones desestimatorias a aquellos casos en que se haya alegado la existencia de una cláusula abusiva, dejando al margen el resto de motivos de oposición que se pueden alegar.

Tal como se ha expuesto la contradicción del art. 695.4 LEC con la normativa de la Unión Europea el TJUE lo fundamenta no en la Directiva 93/13/CEE, sino en el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de armas procesales, siendo el equivalente al art. 24 CE. Y en este contexto es en el que el TJUE afirma que la regulación del art. 695.4 LEC infringe el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde esta perspectiva el ejecutado que haya visto desestimada la oposición a la ejecución hipotecaria debe tener la posibilidad de interponer recurso de apelación del mismo modo que lo tiene el ejecutante contra la resolución que la estime. El problema es que la reforma del art. 695.4 LEC limita esta posibilidad al caso en que se haya alegado la existencia de una cláusula abusiva.

En mi opinión la parte ejecutada deberá interponer el recurso de apelación de forma analógica a lo previsto en la nueva redacción del art. 695.4 LEC y la disp. trans. 3.ª del RDL 11/2014. Ante el mismo el Tribunal que haya dictado la resolución recurrida y aplicando el principio de legalidad debe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional alegando como infringidos los arts. 14 y 24 CE y el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la interpretación realizada por el TJUE en la sentencia de 17 de julio de 2014.

Si el Tribunal opta por inadmítrilo a trámite la parte recurrente deberá interponer el recurso de queja para que el órgano judicial que deba resolver el recurso de apelación pueda decidir si lo admite o no, o, en su caso, plantea cuestión de inconstitucionalidad. Frente al auto de inadmisión se podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La otra opción que tendría el Tribunal es aplicar directamente la STJUE de 17 de julio de 2014 y admitir a trámite el recurso de apelación. Es una opción ya que nos hallamos ante una laguna legal que debe ser integrada por los Tribunales de conformidad con los principios generales. Y en este caso la STJUE de 17 de julio de 2014 permite que el ejecutado pueda recurrir la resolución desestimatoria, del mismo modo que podrá hacerlo el ejecutante con la resolución estimatoria al tener carácter definitiva.

2. Efectos sobre la posible adopción de medidas cautelares en el proceso declarativo posterior al inicio del proceso de ejecución hipotecaria

Otra de las instituciones que analiza la STJUE de 17 de julio de 2014 es la relación entre el proceso de ejecución hipotecaria y el proceso declarativo en el que plantee la existencia de alguna cláusula abusiva. Y en mi opinión esta sentencia tendrá una importancia esencial en permitir que en el juicio declarativo se pueda adoptar cualquier tipo de medida cautelar, incluida la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, que asegure la eficacia del mismo. Sin embargo, el RDL 11/2014 no modifica el art. 698 y no amplía la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior.

El art. 695.4 LEC prevé que la resolución de la desestimación de la oposición a la ejecución tan sólo va a tener efectos en el proceso de ejecución en el que se ha planteado cuando no se permita interponer recurso de apelación. Es decir, la resolución no produce efectos de cosa juzgada por lo que se puede iniciar un proceso declarativo en el que plantee como pretensión el contenido de la oposición. Tras la reforma del art. 695.4 LEC por el RDL 11/2014 este proceso no puede tener por objeto la declaración de la existencia de cláusulas abusivas ya que al permitir interponer el recurso de apelación los efectos de la resolución no se limitan al proceso de ejecución, sino que tiene plenos efectos de cosa juzgada. Una cuestión distinta es que no se extenderá a aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de alegarla como por ejemplo el avalista, el tercer poseedor o cualquier interesado.

De esta forma en el proceso declarativo se podrán plantear:

— Por un lado todas aquellas cuestiones que no pudieron ser objeto de la oposición a la ejecución hipotecaria, incluso las que versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda.

— La declaración de la existencia de cláusulas abusivas por aquéllos que no hubieran podido alegarlo en el proceso de ejecución hipotecaria.

La problemática que se planteaba es que la única medida cautelar que se podía adoptar con la previsión del art. 698.2 LEC es la retención de las cantidades obtenidas por la subasta y que deberían entregarse al acreedor. La jurisprudencia se pronunció de forma prácticamente unánime al respecto. Por otro lado, no se podía alegar la existencia de una cuestión prejudicial civil para suspender la ejecución hipotecaria porque el art. 697 LEC sólo lo permite cuando existe una cuestión prejudicial penal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución. De esta forma no se permitía que el demandante, ejecutado en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiera asegurar la eficacia del proceso declarativo posterior en el que plantee las cuestiones que no pudo alegar antes o habiéndolo realizado fue desestimado.

Estos criterios, que estaban establecidos por el legislador y aceptados por los órganos jurisdiccionales de forma mayoritaria, deben ser revisados con motivo de la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014. Tal como se ha expuesto el TJUE declara que el art. 698.2 LEC se opone al art. 7.2 Directiva 93/13/CEE al no permitir la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria, por lo que tan sólo permite la reparación económica.

Con este criterio del TJUE nos encontramos con un cambio sustancial en la filosofía de la ejecución hipotecaria. La razón de ser del mismo era conceder un privilegio al acreedor ejecutante que consistía en que podía acudir para reclamar el importe del crédito asegurado a través de una hipoteca a un proceso en el que se limitaba las facultades de oposición del ejecutado y la posibilidad de suspensión del mismo. El cambio en la naturaleza es que el Tribunal comunitario incide en que ese privilegio debe ser recíproco y tiene que reforzarse la tutela judicial del ejecutado. La forma es respetando la igualdad de armas procesales en el proceso de ejecución hipotecaria reconociéndole la posibilidad de interponer un recurso de apelación contra la resolución desestimatoria de la oposición y la posibilidad de adoptar medidas cautelares que aseguren la eficacia del proceso declarativo en el que plantee la existencia de una cláusula abusiva.

Una vez que el TJUE ha ampliado las medidas cautelares que se pueden adoptar analizaré qué medidas son las que se pueden adoptar.

Uno de los caracteres de las medidas cautelares es la instrumentalidad, que en una de sus vertientes se traduce en que sólo se pueden adoptar las medidas cautelares adecuadas e idóneas para asegurar la eficacia del proceso declarativo. El art. 726.1.1.ª LEC prevé que se pueda acordar como medida cautelar cualquier actuación que reúna las siguientes características, entre las que incluye el «ser exclusivamente conducente a hacer posible la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

Es decir, la medida cautelar que se adopte debe ser idónea para asegurar la eficacia del proceso declarativo en el que se adopta. Por ello para determinar cuál debe solicitarse hay que analizar cuál será la eficacia del proceso declarativo respecto del proceso de ejecución hipotecaria, lo que vendrá determinado por el objeto del mismo.

El art. 698.1 LEC delimita como objeto del proceso declarativo:

- La nulidad del título.
- El vencimiento.
- La certeza, extinción o cuantía de la deuda.

Tras la aprobación del RDL 11/2014 surge la duda de si se puede iniciar el proceso declarativo para alegar la existencia de cláusulas abusivas. Con la nueva redacción el ejecutado no podrá alegarlo ya que la resolución desestimatoria tendrá efecto de cosa juzgada al admitirse el recurso de apelación. Sin embargo, no se extiende a terceros con lo que el tercer poseedor y cualquier interesado podrá plantear la declaración e inaplicación de una cláusula abusiva en el proceso declarativo posterior. Entre las que se están alegando figuran los intereses de demora, la resolución anticipada del crédito hipotecario, la liquidación unilateral de la deuda impagada, la cláusula suelo o el pacto de acudir a la venta extrajudicial.

Este proceso puede ser iniciado por el ejecutado y por cualquier tercero con interés legítimo. Es decir, se amplía la legitimación activa de las personas que pueden ejercitar el proceso declarativo respecto de la oposición a la ejecución hipotecaria que solo lo puede realizar el ejecutado (art. 695.1 LEC). De esta forma el avalista o el tercer poseedor, que no pueden oponerse a la ejecución hipotecaria al no tener la consideración de ejecutado, podrán iniciar el proceso declarativo previsto en el art. 698 LEC.

La competencia para conocer del proceso declarativo se determinará por las reglas ordinarias, con lo que el Tribunal que conozca puede no coincidir con el que está tramitando la ejecución hipotecaria que es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca hipotecada (art. 684.1.1.ª LEC).

La determinación del juez competente objetivamente dependerá de la fundamentación de la demanda. Así si se centra en una acción relativa a condiciones generales de la contratación y se argumenta en la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el competente objetivamente será el Juzgado de lo Mercantil [art. 86 ter.2.e) LOPJ]. Por el contrario, se argumenta la demanda en la infracción de la Ley de Consumidores y Usuarios y de la Directiva 93/13/CEE, conocerá el Juzgado de Primera Instancia.

El Tribunal competente territorialmente se determinará por las reglas ordinarias. Es decir, serán aplicables los arts. 50 y ss. LEC. Si se ha ejercitado una acción fundada en la Ley de Condiciones generales de la contratación y la acción es la no incorporación al contrato o la nulidad el Tribunal competente territorialmente será el del domicilio del demandante si el objeto es la no incorporación al contrato o la nulidad, mientras que si se amplía a la acción de cesación o de retracción será el domicilio del demandado (art. 52.1.14.ª LEC). En el caso en que conozca el Juez de Primera Instancia el competente territorialmente será el del domicilio del demandado, que al ser persona jurídica se determinará de conformidad con lo previsto en el art. 51 LEC.

En relación con las medidas cautelares una cuestión que se puede plantear es si la debe adoptar el Juzgado que conoce de la ejecución hipotecaria o del proceso declarativo. La competencia funcional para adoptar las medidas cautelares la prevé el art. 723.1 LEC que prevé que «será Tribunal competente para conocer de las solicitudes de medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia, o, si el proceso no se hubiera iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal».

Una cuestión distinta es si la suspensión del proceso se acuerda no por la adopción de una medida cautelar, sino por apreciar la existencia de una cuestión prejudicial civil. En este caso el Tribunal competente para acordar la suspensión será el que esté conociendo del proceso de ejecución hipotecaria (art. 43 LEC). Sin embargo, la jurisprudencia ha negado esta posibilidad de conformidad con lo previsto en el art. 697 LEC. Sin embargo, esta posibilidad la contempla expresamente el AAP Córdoba Secc. 1.ª, núm. 7/2014, de 21 de febrero.

Una vez delimitada la legitimación y competencia para conocer del proceso declarativo y de la solicitud de adopción de las medidas cautelares analizaremos el contenido del incidente de las medidas cautelares. Con carácter previo recuerdo que es conveniente aportar la sentencia del TJUE junto con el escrito de solicitud de las medidas cautelares ya que la STC, Sala Primera, 145/2012, de 2 de julio, lo tuvo en cuenta para apreciar la infracción del art. 24 CE en un caso en el que el Tribunal no aplicó una sentencia del TJUE y de la que tenía conocimiento por haber sido aportada por la parte recurrente en el procedimiento antes de que se dictase la sentencia.

En primer lugar el solicitante debe relacionar la medida cautelar que solicite con la acción que pretende asegurar y las consecuencias de la misma. Para ello es importante identificar claramente la acción que se ejercita y los efectos jurídicos de la misma en el proceso de ejecución hipotecaria, argumentando que la medida cautelar solicitada es la adecuada para asegurar la efectividad de la misma. Así por ejemplo no tiene los mismos efectos solicitar que se declare abusiva la cláusula del contrato de crédito hipotecario que regula el vencimiento anticipado del mismo por el impago de una cuota a que se impugne el tipo de interés de demora pactado. En el primer caso la consecuencia será la declaración de nulidad del proceso hipotecario ya que no se podría reclamar la totalidad de la deuda, mientras que en el segundo nos hallaríamos ante una pluspetición y el efecto sería volver a calcular los intereses de demora indicados en la demanda ejecutiva y, en su caso, en el auto dictando la orden general de ejecución.

Ello provoca que las medidas cautelares idóneas sean distintas en función de la acción ejercitada y de sus consecuencias. A priori parece que las adecuadas pueden ser:

- La suspensión del proceso de ejecución cuando la consecuencia sea la nulidad del proceso de ejecución hipotecaria y la no adopción pueda causar un perjuicio irreparable al actor, como puede ser la pérdida de su vivienda habitual por la subasta y la posterior entrega de la posesión al adquirente.
- La anotación preventiva de demanda cuando el efecto del proceso sea la nulidad del proceso de ejecución hipotecaria y que la subasta no cause un perjuicio irreparable al demandante-ejecutado por no ser su vivienda habitual. También puede ser la adecuada en los casos en los que se quiera disminuir la cuantía que debe prestarse en concepto de caución, tal como expondrá a continuación.
- Y la retención de las cantidades obtenidas por la subasta cuando el efecto sea la pluspetición en el proceso de ejecución hipotecaria. Por ejemplo sería el caso en que se denuncia el carácter abusivo de los intereses moratorios. Una cuestión distinta es si además se justifica que el impago de los mismos ha determinado el inicio del proceso de ejecución hipotecaria y se solicita su nulidad.

En todo caso se puede solicitar la adopción de cualquier otra medida cautelar que sea idónea para asegurar la eficacia de la acción ejercitada y no pueda ser sustituida por otra menos gravosa para el demandado.

Una vez determinada la medida cautelar que se solicite y se haya argumentado su idoneidad, debe analizarse la concurrencia de los presupuestos de adopción de las medidas cautelares:

- El *fumus boni iuris* que consiste en la apariencia jurídica favorable de la pretensión ejercitada por el actor en el proceso declarativo.
- Acreditar la concurrencia del *periculum in mora*. Es decir, el riesgo que se percibe para la efectividad del proceso en el caso de no adoptar la medida cautelar. Este puede consistir tanto en un peligro derivado de la duración del proceso (así si no se adopta la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria se subastaría el bien hipotecado y se realizaría la entrega de la posesión al ejecutado) o de una actitud del demandado (por ejemplo si se pretende la ineficacia de la subasta por la nulidad del título ejecutivo y el adjudicatario vende el bien a un tercero, contra el que no será eficaz la sentencia que se dicte al no ser parte en el proceso ni tener conocimiento del mismo). Lo que debe acreditarse es la posibilidad de que se produzca, ya que en caso contrario sería una prueba imposible y que sólo se podría acreditar cuando se produjera y ya se debería optar por la conversión en una ejecución de daños y perjuicios (ejecución por equivalente).
- Finalmente debe ofrecerse caución. Los criterios de cuantificación son el perjuicio que se ocasiona con la medida cautelar y la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud.

Con carácter general el legislador prevé que la medida cautelar se solicite junto con la demanda (art. 730.1 LEC) y previa audiencia a la parte demandada (art. 733.1 LEC).

VII. EL PROCESO DECLARATIVO ANTERIOR AL INICIO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA POSIBLE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y OTRAS SOLUCIONES

Una cuestión que se ha planteado en la práctica y que suscita muchas dudas es que efecto tiene el proceso declarativo en el que se plantea la nulidad del crédito hipotecario o la declaración de la existencia de una cláusula abusiva en el proceso de ejecución hipotecaria que se pueda iniciar posteriormente.

Las opciones que surgen son:

- Si se inicia el proceso de ejecución hipotecaria plantear la existencia de una cuestión prejudicial civil.
- Aplicar análogicamente el art. 695 LEC y permitir la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.
- Adoptar una medida cautelar que asegure la eficacia del proceso declarativo.

El cauce natural para resolver la relación entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución hipotecaria, cuando el primero se haya iniciado antes que el segundo, es a través del planteamiento de una cuestión prejudicial. El problema práctico se plantea en que el art. 697 LEC regula la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal y afirma textualmente que «fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal».

El tenor literal de este precepto ha provocado que los Tribunales no admitieran la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria por una causa distinta a la existencia de una cuestión prejudicial penal sobre la existencia de «cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución».

Sin embargo, hay un sector jurisprudencial minoritario que contemplan esta posibilidad. El AAP Córdoba, Secc. 1.ª, núm. 7/2014, de 21 de febrero, resuelve un recurso de apelación contra un auto desestimatorio de la solicitud de la medida cautelar de suspensión del proceso de ejecución hipotecaria por haberse iniciado un proceso declarativo anterior en el que se alegaba la existencia de una cláusula abusiva. La Audiencia Provincial de Córdoba desestima el recurso, pero afirma en el FD 4.ª *in fine* que:

«Pues bien, entendemos que no, en la medida que la existencia de este procedimiento ante una eventual ejecución hipotecaria basada exclusivamente en el impago de esa diferencia de cuota según se aplique o no la cláusula suelo, operaría como cuestión prejudicial que tendría que estar resuelta antes de que aquella pudiera tramitarse con regularidad, en la medida que estaría basada en una liquidación cuya procedencia estaría cuestionada en este declarativo, y sin que a ello se pueda oponer que estamos hablando de una ejecución frente a un declarativo, puesto que en el primero, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, se puede oponer la existencia de cláusulas abusivas (art. 695.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y precisamente esto es lo que se discute en este procedimiento cuando se pide la nulidad de la cláusula suelo, y que allí no se podría volver a plantear al ser objeto de este procedimiento. Es por ello por lo que se entiende que el peligro al que alude la parte recurrente para justificar su petición de medida cautelar no es tal en la medida que esa eventual ejecución hipotecaria iniciada con los presupuestos indicados (impago de esa diferencia) estaría afectada por lo que se resuelva en este juicio ordinario a modo de cuestión prejudicial, con los consiguientes efectos.»

La segunda opción que se ha planteado es la posibilidad de aplicar análogicamente el art. 695 LEC y suspender el proceso de ejecución hipotecaria como asimilando el proceso previo al incidente de oposición. Así el AJP núm. 2 de Barakaldo, de 5 de mayo de 2014 se pronuncia en este sentido. Es una solución *extra legem* a la que se llega por la prohibición de suspender el proceso de ejecución hipotecaria por prejudicialidad civil.

La tercera de las opciones es solicitar la adopción de una medida cautelar en el declarativo anterior a través de la cual se asegure la eficacia del mismo. Esta es una opción adecuada, pero en todo caso deberá ser idónea y se debe acreditar la concurrencia de los presupuestos de adopción de las medidas cautelares. En mi opinión la medida más adecuada será la anotación preventiva de la demanda ya que de esta forma existirá una publicidad de la pendencia del proceso. Otras medidas posibles serían la suspensión de la entrega de la posesión del bien hipotecado o de la subasta.

La medida cautelar idónea para asegurar la eficacia del proceso declarativo previo será la anotación preventiva de la demanda. La misma puede ser adoptada porque se plantea la nulidad de una garantía inscrita en el Registro de la Propiedad o de alguna de sus cláusulas. Además considero que es la medida menos gravosa para el demandado porque no le impedirá iniciar el proceso de ejecución hipotecaria, pero la publicidad registral implicará la eficacia respecto de terceros del proceso declarativo. Y de esta forma se incluirían a los posibles adquirentes.

Más discutible es que se pueda adoptar la medida cautelar de prohibición de iniciar el proceso de ejecución hipotecaria. Entiendo que para que se pudiera adoptar sería necesario acreditar que el efecto de la sentencia sería la nulidad del crédito hipotecario y que el proceso de ejecución provocaría un perjuicio irreparable al demandante. A priori éste se causaría no por el inicio del proceso de ejecución hipotecaria, sino por la entrega de la posesión del bien hipotecado una vez que éste se hubiera subastado. Si es así la medida idónea podría ser la suspensión de la entrega de la posesión hasta que se resolviera el proceso declarativo. Pero esta nunca debe tener carácter automático ya que puede dar lugar a un abuso procesal. Será el Tribunal el que en cada caso deberá determinar si concurren o no los presupuestos para adoptar esta medida cautelar.

La opción más lógica será anotar preventivamente la demanda y, en su caso, suspender el proceso de ejecución hipotecaria antes de que se proceda a la subasta del bien hipotecado. En caso contrario será muy difícil que haya algún postor distinto al ejecutante ya que en caso de que se le adjudique el bien tendrá que aceptar los efectos del proceso declarativo previo.

De todas formas lo deseable *sería que el legislador adaptara las relaciones entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución hipotecaria asimilando la hipoteca a un título no judicial* y eliminando el carácter privilegiado del mismo. Ello haría posible que el Tribunal que tramita la ejecución hipotecaria pudiera suspenderla cuando la parte ejecutada alegara la existencia de una cuestión prejudicial civil y éste valorase que efectivamente puede tener una influencia decisiva en dictar o no el auto dictando la orden general de ejecución.

VIII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión indicar que la STJUE de 17 de julio de 2014, en el asunto C-169/2014 tiene una influencia decisiva en el proceso de ejecución hipotecaria que se regula en los arts. 681 a 698 LEC. El legislador español ha adaptado el art. 695.4 LEC a las exigencias de la Unión Europea limitándolo a permitir que el ejecutado interponga recurso de apelación contra la resolución desestimatoria de la oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas.

Sin embargo esta reforma es insuficiente por varios motivos:

- En primer lugar porque *sería necesario realizar una reforma integral del proceso de ejecución hipotecaria teniendo en cuenta su carácter privilegiado y las exigencias del derecho comunitario* que se han concretado en las sentencias del TJUE dotando de mayores garantías la posición del ejecutado y permitiendo que el Tribunal aprecie de oficio la existencia de cláusulas abusivas.
- En segundo lugar porque se limita a permitir que el ejecutado pueda recurrir la resolución desestimatoria de la oposición cuando se haya alegado la existencia de cláusulas abusivas, sin tener en cuenta que la vulneración del principio de igualdad de armas procesales también se produce en el resto de supuestos de oposición.
- En tercer lugar porque debería regularse la relación entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución hipotecaria. Si este es anterior debería preverse la posible suspensión del proceso ejecutivo por la existencia de prejudicialidad civil, adoptando las garantías que fueran necesarias. Si es posterior debería preverse la posible adopción de medidas cautelares.

Al margen de estas consideraciones hay otras cuestiones que no están resueltas y que provocan problemas prácticos como la integración de la mediación en el proceso de ejecución hipotecaria, la conversión en ejecución definitiva o la intervención de terceros interesados.