BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ062760

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 526/2017, de 27 de septiembre de 2017
Sala de lo Civil
Rec. n.º 392/2015

SUMARIO:

Préstamo hipotecario. Proceso de ejecución hipotecaria. Cláusula abusiva referida al interés de demora. Nulidad. Proceso declarativo posterior. Cosa juzgada. *Improcedencia de la apreciación de la cosa juzgada cuando en el proceso ejecutivo previo no había posibilidad procesal para oponer la abusividad de las cláusulas que se aduce en el declarativo posterior.* La sentencia trae causa de un juicio ordinario en el que se pretendió la declaración de nulidad de varias cláusulas insertas en un préstamo hipotecario por ser abusivas, con la peculiaridad de que el préstamo ya se había resuelto y se habían ejecutado los bienes que servían de garantía al mismo. La sentencia de apelación apreció la excepción de cosa juzgada al entender que los prestatarios pudieron oponer la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución, ya que cuando se inició este proceso ya existía jurisprudencia del TJUE que permitía la apreciación de oficio de la abusividad de determinadas cláusulas insertas en contratos con consumidores. La sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal y declara que no existe cosa juzgada pues, cuando se despachó la ejecución en el procedimiento hipotecario no era todavía inconcuso en la jurisprudencia comunitaria que el juez, ante la falta de oposición de la parte ejecutada, tuviera que examinar de oficio si el contrato que constituía el título ejecutivo contenía cláusulas que, siendo determinantes de la ejecución, pudieran resultar abusivas para el consumidor ejecutado. Además, la legislación procesal vigente a dicha fecha -la LEC en su redacción anterior a la Ley 1/2013- no permitía oponerse a la ejecución mediante la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título. En su virtud, no puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada en un proceso declarativo posterior, cuyo fundamento es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, si cuando se tramitó la ejecución no era posible legalmente formular dicha pretensión por vía de oposición. En consecuencia, se anula la sentencia recurrida y se confirma la del juzgado que declaró la nulidad de la cláusula referida al interés de demora y condenó a la entidad demandada a indemnizar a los actores en la cantidad de 11.048,19 euros.

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), arts. 222.1, 400.2, 469.1.2º, 557, 695 y 698.

PONENTE:

Don Pedro José Vela Torres.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Don ANTONIO SALAS CARCELLER
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don EDUARDO BAENA RUIZ
Don PEDRO JOSE VELA TORRES
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto , constituida en Pleno , el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Leticia y D. Ovidio , representados por el procurador D. Miguel Ángel Tejedor Bachiller, bajo la dirección letrada de D.ª Felisa Benavides Cuadrado, contra la sentencia núm. 682/2014, de 4 de diciembre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 229/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 642/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao. Sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Celeris Servicios Financieros S.A. EFC , representada por el procurador D. Iñigo Olaizola Ares y bajo la dirección letrada de Dª Lucía Martínez Reino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Verónica Blanco Cuende, en nombre y representación de D. Ovidio y D.ª Leticia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Celeris Servicios Financieros S.A. EFC, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se:

«Declaren nulas de pleno derecho, por abusivas, la cláusula relativa a los gastos, a la fijación de intereses moratorios, la del vencimiento anticipado por un solo incumplimiento y el pacto de liquidez que permitía la determinación unilateral por parte del prestamista de la cantidad exigible o aquellas que SSª considere abusivas. Ante la dificultad de anular el procedimiento de ejecución hipotecaria 1394/2008 por haber sido transmitida la vivienda adjudicada a terceros, debe condenarse a la demandada al abono de una indemnización de daños y perjuicios de 162.450 Euros.

»Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estime anterior pretensión indemnizatoria, las mencionadas cláusulas deben declararse nulas, por abusivas sin que quepa integrar las cláusulas anuladas. Al declararse nula, por abusiva, la cláusula relativa a los intereses de demora, debe anularse la liquidación de intereses contenida en el Decreto de 1 de Marzo de 2011 dictado en la ejecución hipotecaria 1394/2008 que se siguió ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao, condenándose a la demandada a abonar Once Mil Cuarenta y Ocho Euros con Diecinueve Céntimos de Euro, por ser esta la diferencia resultante entre el importe por el que se adjudicaron las fincas en subasta (250.233 Euros) y la cantidad reclamada en concepto de principal en el procedimiento de ejecución hipotecaria (239.184,81 Euros).

»Subsidiariamente, deben declararse nulas, por abusivas, las cláusulas señaladas y, en concreto, al declararse nula la cláusula que fija los intereses de demora, debiendo tenerse por no puesta, debe anularse la liquidación de intereses contenida en el Decreto de 1 de Marzo de 2011 dictado en la ejecución hipotecaria 1394/2008 que se siguió ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao y rehacerse con base al interés legal del dinero, al integrarse la cláusula anulada con base a lo establecido en el artículo 1108 del Código Civil (interés legal del dinero).

»Con expresa condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 4 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, fue registrada con el núm. 642/2013 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Iñigo Olaizola Ares, en representación de Celeris Servicios Financieros S.A. EFC, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día resolución por la que se desestime íntegramente la demanda, sobre la base de los hechos, y fundamentos indicadas en la presente contestación a la demanda, y se condene a costas a los demandantes».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao dictó sentencia de fecha 16 de enero de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«1.- ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda planteada por D. Ovidio y DÑA Leticia representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. Verónica Blanco Cuende; frente a la entidad CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS SA EFC, representada por el Procurador de los Tribunales D. Iñigo Olaizola Ares.

»2.- DECLARAR LA NULIDAD de la cláusula 6ª del préstamo con garantía hipotecaria concertado por las partes en fecha 11 de septiembre de 2007, y que fijaba el interés de demora de 26,564%.

»3.- CONDENAR a que la demandada reintegre a los actores la cantidad de once mil cuarenta y ocho euros con diecinueve céntimos (11.048,19 euros).

»4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiera por mitad».

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Celeris Servicios Financieros S.A. EFC.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 229/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Olaizola Ares, en representación de CELERIS SERVICIOS FINANCIEROS S.A. EFC contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 642/13, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por la Procuradora Sra. Blanco Cuende, en representación de Leticia y Ovidio contra Celeris Servicios Financieros SA, con imposición a los demandantes de las costas de la primera instancia y sin expreso pronunciamiento de las devengadas en el recurso».

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora Dª Verónica Blanco Cuende, en representación de Dª Leticia y D. Ovidio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Al amparo del punto segundo del apartado 1 del artículo 469 de la LEC "2.º infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia " por apreciar la excepción de cosa juzgada vulnerando los artículos 222.1 , 400.2 , 577 , 695 y 698, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en su redacción anterior al apartado 2 del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en relación con el art. 24.1 y 2 de la CE ».

El motivo único del recurso de casación fue:

«Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del artículo 477 LEC , por infringir lo dispuesto en los artículos 222.1 , 400.2 , 557 , 695 y 698, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/200, de 7 de enero), en su redacción anterior al apartado 2 del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, presentado interés casacional la resolución del recurso , a tenor de lo previsto en el artículo 477.2.3 LE no existe jurisprudencia directamente aplicable al caso ni sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales, pues se trata de una modificación normativa reformada hace menos de cinco años por aplicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz C-415/2011). Siendo relevante fijar doctrina jurisprudencial en la materia teniendo en cuenta la realidad social del momento en que nos encontramos».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los

procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 5 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Dª Leticia y D. Ovidio contra la sentencia dictada, el día 4 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 229/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 642/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a los recursos, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 13 de julio de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó que el conocimiento del asunto pasara a Pleno y se señaló el día 20 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de septiembre de 2007, Celeris Servicios Financieros S.A., E.F.C. (en adelante, Celeris) y D. Ovidio , Dña. Leticia y Dña. Enma (madre de Dña. Leticia , posteriormente fallecida) suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 231.000 €, con la finalidad de financiar la adquisición de una vivienda en Bilbao y otra en Trespaderne (Burgos).

2.- En el contrato se incluyeron, entre otras, las siguientes condiciones generales de la contratación:

a) La cláusula 5ª, relativa a gastos, que atribuyó a los prestatarios el pago de cuantos gastos, honorarios e impuestos se derivasen de la operación.
b) La cláusula 6ª, relativa a los intereses moratorios, que los fijaba en el resultado de sumar quince puntos al tipo aplicable en cada momento, con un máximo del 29,564%.
c) La cláusula 6ª bis, que otorgaba a la entidad prestamista la facultad de resolución anticipada del contrato ante el impago de cualquier cantidad debida.
d) La cláusula 7ª.4, que concedía al prestamista la facultad de liquidación unilateral del importe de la deuda impagada.

3.- Ante el impago por los prestatarios de las cuotas del préstamo correspondientes a los meses de julio a octubre de 2008, la prestamista inició un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que se despachó ejecución por auto de 2 de febrero de 2009. El 18 de noviembre de 2010 se produjo la subasta de las dos viviendas hipotecadas, para cubrir una deuda de 239.184,81 €. Mediante decreto de 1 de diciembre de 2010, se adjudicaron ambos inmuebles a la parte ejecutante por el 50% de su valor de tasación; esto es, 169.000 € por la finca de Bilbao, y 81.225 € por la de Trespaderne.

4.- Los Sres. Ovidio y Leticia interpusieron una demanda de juicio ordinario contra Celeris, en la que solicitaron la nulidad por abusivas de las mencionadas cláusulas, y ante la dificultad de anular el proceso de ejecución hipotecaria, por haber sido transmitida la vivienda a terceros, solicitaron la condena a la entidad prestamista a indemnizar a los prestatarios en 162.450 €. Subsidiariamente, solicitaron la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios y, derivadamente, de la liquidación de intereses realizada en el proceso monitorio, y la condena de la entidad ejecutante a la devolución de la cantidad percibida por dicho concepto (11.048,19 €). Subsidiariamente, que se recalcularan los intereses conforme a lo previsto en el art. 1108 CC .

5.- Celeris se opuso a la demanda y alegó la caducidad de la acción, por haber transcurrido más de cuatro años desde la perfección del contrato; y la extemporaneidad del ejercicio de la acción de nulidad, por haberse resuelto el contrato de préstamo antes de la interposición de la demanda, y haberse seguido procedimiento de ejecución hipotecaria de las fincas que garantizaban el préstamo sin oposición de los ejecutados. Alegó, además, que los prestatarios recibieron una oferta vinculante antes de la firma del contrato de préstamo a través de la

empresa de asesoramiento financiero con la que contrataron, y que tuvieron a su disposición el proyecto de escritura en la notaría; que la escritura fue leída en su presencia por el notario; que la cláusula de gastos no se aplicó a efectos de servir como fundamento de la ejecución; que el contrato fue resuelto anticipadamente por impago consecutivo de cuatro cuotas; y que la cláusula de interés de demora no es abusiva en atención a las circunstancias del caso.

En la audiencia previa, la demandada alegó también la excepción de cosa juzgada, que fue desestimada en el mismo acto, por no haberse formulado en la contestación a la demanda. Ante cuya desestimación, la parte demandada formuló protesta.

6.- La sentencia de primera instancia no apreció la caducidad de la acción, al considerar que el plazo debía computarse desde la fecha en que fueron adjudicados a la ejecutante los inmuebles hipotecados. No entró en el examen de las cláusulas impugnadas ajenas a la ejecución. Desestimó la pretensión de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y pacto de liquidez y declaró la nulidad de la cláusula 6ª del contrato referida al interés de demora. Como consecuencia de lo cual, estimó la primera pretensión subsidiaria de la demanda y condenó a la demandada a indemnizar a los actores en la cantidad de 11.048,19 €.

7.- Celeris recurrió en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso y desestimó la demanda. El fundamento de la decisión fue la apreciación de la excepción de cosa juzgada, al considerar que los prestatarios pudieron oponer en el proceso de ejecución hipotecaria la existencia de cláusulas abusivas o, en su caso, haber ejercitado antes la acción individual de nulidad de tales cláusulas. Consideró, además, la Audiencia Provincial que cuando se inició el proceso de ejecución hipotecaria ya había jurisprudencia del TJUE que permitía la apreciación de oficio por el tribunal de la abusividad de las cláusulas incluidas en contratos con consumidores, por lo que, por lo menos, se podía haber solicitado del órgano judicial que ejercitara dicha facultad.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo. *Planteamiento del único motivo. El efecto de cosa juzgada entre el proceso de ejecución hipotecaria y el juicio declarativo posterior*

1.- Los Sres. Leticia y Ovidio interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un único motivo, al amparo del art. 469.1.2º LEC . En el cual denuncian la infracción de los arts. 222.1 , 400.2 , 557 , 695 y 698 LEC , en su redacción anterior a la Ley 1/2013, de 14 de mayo; en relación con el art. 24.1 y 2 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se cuestiona la apreciación de la excepción de cosa juzgada, puesto que, conforme a la legislación vigente cuando se tramitó la ejecución hipotecaria, no era posible oponer en dicho procedimiento la existencia de cláusulas abusivas, y estas cuestiones debían ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, según el artículo 698 LEC .

Tercero. *Marco legislativo aplicable en las fechas de tramitación de la ejecución hipotecaria. Reformas posteriores*

1.- En lo que ahora interesa, el régimen procesal de la ejecución hipotecaria vigente al tiempo de tramitarse el procedimiento en que se ejecutaron las viviendas que servían de garantía al contrato de préstamo cuyas cláusulas son tachadas de abusivas, se encontraba contenido básicamente en los arts. 695 y 698 LEC , en su redacción original.

El primero, contenía un listado tasado de motivos de oposición a la ejecución, que no permitía la alegación de la abusividad de alguna o algunas de las cláusulas del contrato, cuya aplicación hubiera sido determinante para el despacho de la ejecución. En consecuencia, no podía obtenerse la suspensión de la ejecución aunque en el contrato se hubieran incluido cláusulas abusivas, en los términos de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ni en la legislación española sobre protección de los consumidores.

A su vez, el art. 698 LEC establecía que, fuera de los motivos de oposición a la ejecución tasados en el art. 695, no cabía más que acudir al juicio declarativo posterior, que nunca produciría el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución.

Dicho sistema quedaba complementado por el art. 564 LEC , invocado por la sentencia recurrida, que decía:

«Artículo 564: Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución».

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

2.- Estas insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria, en la medida en que no contemplaba un control de oficio de las cláusulas abusivas, y ni siquiera facilitaba a los ejecutados un cauce procedimental para denunciar la abusividad de las cláusulas que hubieran servido de fundamento a la ejecución, fueron puestas de manifiesto por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), lo que motivó la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta ley, entre otras materias, introdujo el control de oficio en el ámbito de la ejecución judicial y la posibilidad de que el ejecutado denunciase las cláusulas abusivas en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria. Posteriormente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, reformó el último párrafo del art. 695 LEC para permitir que contra los autos resolutorios de la oposición a la ejecución hipotecaria pudiera interponerse recurso de apelación.

E incluso alguna resolución posterior del TJUE ha puesto en tela de juicio estas reformas. Así, la STJUE de 29 de octubre de 2015 - C-8/14 - , que analizó la DT 4ª de la Ley 1/2013 (el plazo preclusivo de un mes desde la publicación de la ley para la oposición a la ejecución por el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales) y que consideró que no permitía garantizar que los consumidores pudieran aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos de defensa frente a cláusulas abusivas.

Cuarto. *La jurisprudencia del TJUE*

1.- Como hemos resaltado en múltiples resoluciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto contra Joaquín Calderón Camino): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro): «[...] dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores».

Esta jurisprudencia del TJUE es reiterada y constante. Pueden citarse, aparte de las ya reseñadas, las sentencias de 21 de noviembre de 2002, C-473/00 (caso Cofidis); 4 de octubre de 2007, C-429/2005 (caso Rampion); 4 de junio de 2009, C-243/2008 (caso Pannon GSM); 6 de octubre de 2009, C-40/2008 (caso Asturcom); 21 de febrero de 2013, C- 472/2011 (caso Banif); 14 de marzo de 2013, C-415/2011 (caso Aziz); 3 de octubre de 2013, C-32/2012 (caso Duarte); 17 de julio de 2014, C-169/2014 (caso Sánchez Morcillo); 21 de enero de 2015, C-482/2013 (caso Hidalgo Rueda); y 29 de octubre de 2015, C-8/2014 (caso Peñalva López).

2.- No obstante, esta facultad/deber de control de oficio por el juez nacional fue matizada, en cuanto a sus efectos temporales, por la STJUE de 28 de julio de 2016, C-168/15 (caso Tomá?ová), que reconoce en su párrafo 30 que solo a partir de la sentencia de 4 de junio de 2009 , Pannon GSM, «el Tribunal de Justicia indicó claramente que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se limita a una mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello».

3.- En consecuencia, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, dado que cuando se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria y se despachó la ejecución todavía no se había dictado la STJCE del caso Pannon GSM, no puede afirmarse incondicionalmente que el juzgado de primera instancia debiera haber apreciado de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales controvertidas.

Ni mucho menos que ello pueda volverse en contra del consumidor, a efectos de dificultar o cercenar sus posibilidades de defensa, mediante la apreciación de la cosa juzgada basada en tal posibilidad de examen de oficio. Resultaría paradójico que una medida destinada a la protección del consumidor, como es el control de oficio de la abusividad contractual, pudiera acabar perjudicándole si no se ejerce por el tribunal.

4.- Además, en relación con la regulación en el Derecho español de los contratos de préstamo con consumidores, como ya hemos dicho, no fue hasta las SSTJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y, sobre todo, de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), cuando quedaron de manifiesto las insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria, en la medida en que no contemplaba un control de oficio de las cláusulas abusivas, y ni siquiera los ejecutados disponían de un cauce procedimental para denunciar esta abusividad. De manera que, aunque en un juicio declarativo posterior se declarase la abusividad de una cláusula que hubiera fundamentado la ejecución, el consumidor podría haber perdido ya su vivienda, puesto que el procedimiento de ejecución no se suspendía por la iniciación del juicio declarativo; con lo que, en la práctica, si el adquirente del bien subastado era un tercero, únicamente podría obtener una indemnización por daños y perjuicios.

5.- Respecto del efecto de cosa juzgada, resulta de especial interés la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14 (Banco Primus), cuando dice:

«[...] en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas».

Quinto. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos recaídos en un proceso ejecutivo en un proceso declarativo posterior*

1.- En casos de juicios declarativos posteriores a juicios ejecutivos, conforme a la LEC de 1881 (art. 1479), esta Sala, en sentencias de 4 de noviembre de 1997 (recurso 2784/1993); 820/1998, de 29 de julio ; 234/2003, de 11 de marzo ; 1161/2003, de 10 de diciembre ; 324/2006, de 5 de abril ; y 309/2009 , de 21 de mayo, había establecido que la cosa juzgada no solo era aplicable respecto de aquellas alegaciones que se realizaron en el propio juicio ejecutivo, sino también respecto de las que, pudiendo haberse efectuado, no se alegaron. Jurisprudencia que, respecto del actual art. 564 LEC (trasunto del anterior art. 1479), ha mantenido la sentencia de pleno 462/2014, de 24 de noviembre .

Esta última sentencia establece que la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de un juicio declarativo posterior en el que se pretenda la ineficacia del proceso de ejecución anterior, «dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222»; mientras que, si se formuló oposición, pero fue rechazada única y exclusivamente porque las circunstancias que constaban en el propio título no podían oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión.

2.- Aunque las pretensiones deducidas en ambos casos -el resuelto por la sentencia 462/2014 y el ahora enjuiciado- son diferentes, puesto que en el primero se solicitó la nulidad de la ejecución y en el segundo se pide una indemnización de daños y perjuicios, la doctrina establecida en dicha sentencia de pleno sobre la relación, a efectos de cosa juzgada, entre el proceso ejecutivo anterior y el declarativo posterior, es sustancialmente aplicable al caso que ahora nos ocupa.

3.- En el mismo orden de ideas, la sentencia 123/2012, de 9 de marzo , declaró que no puede haber cosa juzgada cuando la alegación efectuada en el juicio declarativo posterior no pudo efectuarse en el ejecutivo previo, al no prever la legislación procesal (en el caso enjuiciado por dicha resolución, el art. 557 LEC) un cauce oportuno para ello.

Sexto. *Conclusión: improcedencia de la apreciación de la cosa juzgada cuando en el proceso ejecutivo previo no había posibilidad procesal para oponer la abusividad de las cláusulas contractuales que se aduce en el declarativo posterior*

1.- La entidad financiera recurrida basa su oposición en la inactividad de los ahora recurrentes, al señalar que la sentencia de apelación «no dice que los recurrentes pudieran haberse opuesto en la Ejecución Hipotecaria, sino que viene a decir que los recurrentes no hicieron nada que evitase que las cosas quedaran resueltas tal y como constan». Pasividad que mostraron no solo en la fase de oposición a la ejecución, sino también cuando se les dio traslado de la liquidación de intereses.

2.- Sin embargo, conforme a lo expresado en los fundamentos anteriores, dicha alegación no tiene en cuenta que cuando se despachó la ejecución y se requirió de pago a los deudores el entonces vigente art. 695 LEC no permitía su oposición mediante la alegación de la abusividad de cláusulas contractuales que hubieran servido de fundamento al despacho de la ejecución. Ni que la aplicación del control de oficio por el juez no era todavía una cuestión incontrovertida, al no haberse dictado aun en esas fechas la STJUE del caso Pannon GSM.

Séptimo. *Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- Todo lo expuesto conduce a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, porque: (i) Cuando se despachó la ejecución en el procedimiento hipotecario no era todavía inconcuso en la jurisprudencia comunitaria que el juez, ante la falta de oposición de la parte ejecutada, tuviera que examinar de oficio si el contrato que constituía el título ejecutivo contenía cláusulas que, siendo determinantes de la ejecución, pudieran resultar abusivas para el consumidor ejecutado; (ii) La legislación procesal vigente a dicha fecha -la LEC en su redacción anterior a la Ley 1/2013- no permitía oponerse a la ejecución mediante la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título; (iii) En su virtud, no puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada en un proceso declarativo posterior, cuyo fundamento es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, si cuando se tramitó la ejecución no era posible legalmente formular dicha pretensión por vía de oposición. Lo que excluye la aplicabilidad al caso del art. 564 LEC , ni como consecuencia de ello, las consecuencias previstas en los arts. 222.1 y 400.2 de la misma Ley .

2.- De conformidad con lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 7ª, LEC , al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto al amparo del art 469.1.2º LEC , procede dictar nueva sentencia, «teniendo en cuenta en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación».

3.- Como quiera que el fundamento del recurso de casación es el mismo que el del recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que la razón de decidir de la sentencia de la Audiencia Provincial fue la apreciación de la excepción de cosa juzgada, debe anularse dicha resolución y, al asumir la instancia, confirmar la sentencia del juzgado de lo mercantil. La parte demandante no recurrió, sino que lo hizo exclusivamente la demandada, ciñéndose la controversia en segunda instancia a la cosa juzgada y a la abusividad de la cláusula de intereses moratorios; y como quiera que lo resuelto por el juzgado de lo mercantil en cuanto a dicha cláusula es acorde con la jurisprudencia de esta sala en la materia, debe ratificarse su pronunciamiento.

Octavo. *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.2 LEC , al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, ni tampoco de las causadas por el recurso de casación.

2.- Asimismo, al asumir la instancia, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Celeris, por lo que deben imponérsele las costas causadas por dicho recurso, conforme al art. 398.1 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Dña. Leticia y D. Ovidio contra la sentencia n.º 682/2014, de 4 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 229/2014 , que anulamos y dejamos sin efecto. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Celeris Servicios Financieros S.A., EFC, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, en el juicio ordinario n.º 642/2013, con fecha 16 de enero de 2014, que confirmamos. 3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, e imponer a Celeris Servicios Financieros S.A., EFC las costas del recurso de apelación. 4.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y la pérdida del prestado para el recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.