

Id. Cendoj: 08019470032011200002

Organo: -

Sede: Barcelona

Sección: 3

Tipo de Resolución: Auto

Fecha de resolución: 19/07/2011

Nº Recurso: 13/2011

Ponente: JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO

Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores

Idioma: Español

13/2011D2(Ordinario)

JUZGADO MERCANTIL Nº 3

BARCELONA

Asunto: 13/2011D2 (Juicio ordinario)

AUTO PLANTEANDO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En Barcelona, a diecinueve de julio de dos mil once.

HECHOS

Primero.- Se tramitan en este juzgado demanda de juicio ordinario instada el día 11 de enero de 2011 por la Procurador de los Tribunales Sra. Buitrago Hijano, en nombre y representación de don Armando; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se condenara a la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA (CATALUNYACAIXA) y se declarara la nulidad de la cláusula o condición decimoquinta de la escritura de préstamo hipotecario firmada el día 19 de julio de 2007 por el demandante con la entidad mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA - actualmente CATALUNYACAIXA -. La cláusula decimoquinta bajo el epígrafe de ejecución hipotecaria establece la tasación de la finca (194.400 euros); el domicilio a efectos de las notificaciones - la finca hipotecada -; la administración interina de la finca por la prestataria; las vías judiciales que tenía la prestamista para reclamar judicialmente la deuda, incluida la ejecución hipotecaria; y el modo de determinar la deuda exigible: *"sin perjuicio de la liquidez de las cantidades debidas, cualquier reclamación judicial de la deuda y, en especial, para el caso de ejecución, se pacta expresamente que Caixa Tarragona, junto con la presente escritura puede presentar la liquidación que practicará en la forma convenida en este título para determinar la deuda mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad exigida"* .

Segundo .- Admitida a trámite la demanda, emplazada la demandada, ésta contestó a la demanda oponiéndose a lo pretendido de contrario por medio de escrito presentado por el Procurador de los Tribunales Sr. Anzizu Furest el 7 de febrero de 2011.

Tercero .- Celebrada la audiencia previa el 19 de abril de 2011 y el acto de juicio el 7 de junio de 2011 los autos quedaron sobre mi mesa conclusos y vistos para sentencia.

Cuarto .- Por Providencia de 30 de junio de 2011 di vista a las partes de mi intención de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confiriendo a las partes el plazo de 5 días para que realizaran las alegaciones que a sus intereses correspondieron, alegaciones hechas por el demandante el día 12

de julio de 2011 y por la demandada el día 8 de julio, quedando los autos sobre mi mesa para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 234 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada (Ámsterdam 2 de octubre de 1997) establece que El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

sobre la interpretación del presente Tratado;

sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

Conforme a la nota informativa emitida por el Tribunal sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos de jurisdicciones nacionales (2005/C 143/01 publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea e 11 de junio de 2005). La cuestión

se plantea cuando el procedimiento ha quedado visto para sentencia y la cuestión que se somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vincula a la interpretación de una norma de derecho comunitario, concretamente la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; también incorpora algunos criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de tutela de consumidores.

En los ordinales siguientes se sintetizan los hechos que dan lugar a plantear la cuestión prejudicial:

El día 19 de julio de 2007 don Armando suscribió con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA (actualmente CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA, CATALUNYACAIXA), un contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado en escritura pública otorgada con el número de protocolo 1215 por el notario la localidad de Martorell don Carlos Alejandro Vázquez Atkinson.

En la ficha con los datos de identificación del solicitante (scoring particulares) que abre la CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA al Sr. Armando se hace constar que el inmueble que va a ser objeto de garantía hipotecaria es el domicilio familiar del Sr. Armando, que el Sr. Armando está casado y que la unidad familiar la componen otros dos miembros, que es obrero especializado en maquinaria, ingeniería, mecánica, que es está contratado fijo en la misma empresa desde el año 2006 y que dispone de unos ingresos fijos mensuales de 1.341'67 euros, sin que consten otros ingresos en su patrimonio. Es ciudadano marroquí que había trabajado en España de manera continuada en distintas ocupaciones desde diciembre de 1993, constando así en la hoja de vida laboral expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En julio de 2007, cuando se abre la ficha del hoy demandante en la entidad prestamista, constaba que el Sr. Armando tenía unas deudas por importe de 115.821 euros vinculada al préstamo con garantía hipotecaria que había solicitado a otra entidad financiera para adquirir su vivienda.

El capital prestado era de 138.000 euros que se ingresaron en la cuenta corriente que el demandante tenía en la propia entidad mercantil.

El préstamo se tenía que amortizar en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007, la última cuota por lo tanto debía pagarse el 31 de julio de 2040.

El importe de cada cuota mensual, mientras no variara el interés inicial, sería de 701'04 euros. Cuando varíe el tipo de interés se calculará la cuota conforme a la siguiente fórmula matemática: $CUOTA = C \times i / [1 - (1+i)^{-n}]$; fórmula donde:

(C) es el capital pendiente al inicio del período.

(i) es el interés anual e tanto por uno dividido por el número de períodos de amortización que comprende un año.

(n) es el número de períodos de amortización pendientes hasta el vencimiento del préstamo.

La producción de intereses ordinarios se inicia el día de la formalización del préstamo y se liquida el 31 de cada mes natural - o en su caso el último día de cada mes, de vigencia de la operación, según fórmula de aplicación en la que el período es de 30 días y a efectos del cálculo de intereses de cada período se considera un año de 360 días, aplicando la fórmula: $\text{Intereses} = \text{Capital pendiente} \times \text{período} \times \text{tipo de interés anual}$.

El prestatario podrá cancelar anticipadamente el importe total del préstamo y los intereses pendientes en cualquier momento de vigencia de la operación, si bien tendría que satisfacer una comisión por cancelación anticipada conforme a la cláusula cuarta. La mencionada cláusula cuarta establece que dicha comisión será de un 1% sobre el capital pendiente de amortización.

También se prevé la cancelación parcial, de una parte del préstamo, aplicándose también una comisión por cancelación parcial del 1% sobre el capital amortizado, con una entrega mínima de 600 euros, pudiendo aplicar el prestatario la minoración bien a reducir la cuota de amortización, bien a reducir el plazo sin variar la cuota.

Los intereses ordinarios se establecen en la cláusula financiera tercera: Hasta el 30 de enero de 2008 un interés fijo de 4'87% nominal anual. Desde el día siguiente (31 de enero de 2008) hasta la amortización total del préstamo, éste se subdivide en semestres sucesivos, el tipo de interés nominal pasará a ser variable y se aplicará a cada semestre el cálculo de interés que prevé la condición tercera bis.

Esta condición tercera bis indica que el interés variable aplicable será el resultado de añadir el margen constante de 1'10 puntos al tipo de interés de referencia pactado, tomando para cada período el último publicado en el BOE con anterioridad a la fecha establecida para esta variación (31 de julio/31 de enero de los sucesivos años).

Los tipos de referencia pactados es el llamado Referencia Interbancaria a un año, definida como la media aritmética simple de los valores diarios de los días de mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año, calculado a partir del ofrecido por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación.

Sobre ese tipo de interés nominal se fijan una serie de bonificaciones cumulativas que reducen el tipo en función de la domiciliación estable de salarios, pensiones o ingresos profesionales (0'30 puntos); que el prestatario suscriba como asegurado una póliza de seguro de vida comercializada por la entidad financiera o sociedades vinculadas (0'45 puntos); por suscripción de planes de pensiones o productos similares con la entidad financiera (0'55 puntos); suscripción de algún derivado financiero por modificaciones del tipo de interés (0'80 puntos).

En la cláusula financiera octava, referida a la imputación de gastos, se atribuyen al prestatario:

La tasación del inmueble hipotecado y su verificación registral.

Los aranceles notariales y registrales tanto de la constitución, como de la modificación y cancelación del préstamo y de su garantía hipotecaria, así como las derivadas de cualquier otro negocio jurídico que se formalice por medio de esta escritura, como los pactos sobre el rango hipotecario o las garantías reales o personales constituidas a favor de la caja otorgante.

Gastos fiscales derivados de los mismos otorgamientos.

Los de tramitación y gestión ante la oficina liquidadora del impuesto y de los registros de la propiedad y mercantil.

Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado y los seguros vinculados al inmueble.

Los gastos procesales, tales como honorarios de abogados y derechos y anticipos de procuradores, los derivados de la preparación de la ejecución judicial o extrajudicial, como los gastos de verificación registral de las fincas, la entrega de telegramas, requerimientos, certificaciones e intervenciones notariales, la tasa para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y otros tributos.

Los necesarios, si llegara el caso, para proceder a la descalificación del régimen de protección oficial de la vivienda si se procediera a la ejecución hipotecaria; también el reintegro de las ayudas que el prestatario hubiera percibido de las administraciones públicas incrementadas con los intereses legales desde la percepción de las mismas.

Los gastos de correo por la entrega a la prestataria de documentación relacionada con el préstamo.

Cualesquiera otros gastos originados por el incumplimiento del prestatario de las obligaciones del préstamo.

Respecto de los intereses de demora la condición financiera sexta establece que la prestataria incurrirá en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o amortización. Se pacta expresamente que las cantidades respecto de las que incurran en demora producirán a favor del prestamista unos intereses a los que se aplica el tipo del 18'75% desde el día siguiente a aquel en el que se haya tenido que hacer el pago, hasta el día en que se haga efectiva la deuda, ambos incluidos. Los intereses de demora se producirán y serán liquidables día a día y su importe se calculará aplicando la fórmula prevista en la condición 3 b), que es la misma de los intereses ordinarios, es decir $\text{Capital pendiente} \times \text{período} \times \text{tipo de interés}$, en este caso de demora.

La resolución anticipada por parte de la prestamista, que puede dar por vencido la totalidad del préstamo con anterioridad al pazo establecido, en los casos siguientes:

Si vence alguno de los plazos estipulados y el deudor no ha cumplido su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo.

Por falta de pago de contribuciones, impuestos, cuotas de gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, si procede, o las primas de seguro que afectan al préstamo o a la finca hipotecada.

Cuando se produzca la expropiación o el siniestro total o parcial de la finca hipotecada.

Se acuerda expresamente inscribir en el registro de la propiedad estas causas de vencimiento, y, en particular, la que se consigna en el apartado primero, al fin de poder reclamar, si procede, la totalidad de lo que se debe de capital e intereses, de

conformidad con la facultad que prevé el apartado segundo del artículo 693.2 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Se incluyen también otras causas posibles de vencimiento del préstamo por no inscripción de la hipoteca, por afección de la finca hipotecada a un embargo, anotación preventiva o declaración de concurso del prestatario o de sus fiadores, cuando el importe del préstamo se utilice para un fin diferente al pactado o cuando se venda, arriende o ceda el uso de la finca hipotecada sin consentimiento escrito del acreedor.

En cuanto a las imputaciones de pagos la cláusula octava pacta expresamente que cualquier pago realizado con motivo del préstamo hipotecario por el deudor se imputará para cada cuota pendiente o para la totalidad del préstamo, si este hubiera vencido por cualquier causa, en primer lugar a los gastos realizados y aún no abonados, en segundo lugar al pago de los intereses de demora vencidos y pendientes, en tercer lugar al pago de los intereses ordinarios vencidos y pendientes y, finalmente, al pago de la parte de capital vencida y pendiente de pago.

La cláusula undécima se dedica a la constitución de la hipoteca, que cubriría el capital prestado de 138.000 euros, por los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 euros, más 13.800 euros más que se estipulan en previsión de costas y gastos. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario. Los intereses ordinarios garantizados por la hipoteca se pactan al tipo máximo de interés nominal del 15% anual previsto en el apartado d) de la condición financiera tercera bis (ya reproducida).

La finca hipotecada, propiedad de don Armando, es la finca urbana situada en Martorell, AVENIDA000 número NUM000 actual, piso NUM001, puerta NUM002. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Martorell nº 1, al tomo NUM003, Libro NUM004, folio NUM005, finca NUM006, adquirida por el Sr. Armando por escritura pública de 9 de diciembre de 2003. Esta finca tenía en el momento de constituirse la hipoteca una hipoteca anterior a favor de otra entidad financiera por 123.200 euros - por la certificación ulterior de esa entidad financiera se ha constatado que de dicha

hipoteca inicial quedaba pendiente el pago de 117.695'22 euros - y una anotación preventiva de un embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social de 615'63 euros. El inmueble fue tasado por una sociedad debidamente autorizada y homologada por el Banco de España (TINSA) en la suma de 194.400 euros, valor que sirve de tasación a los efectos de la ejecución judicial de la hipoteca (cláusula 15ª).

El 8 de agosto de 2007 don Armando autorizó a CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA a solicitar en su nombre un certificado de cancelación administrativa del préstamo hipotecario anterior, préstamo que había sido cancelado por transferencia hecha directamente por la CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA a la entidad financiera correspondiente el 20 de julio de 2007.

La mencionada cláusula 15ª, referida a la ejecución judicial de la hipoteca indica que, sin perjuicio de la liquidez de las cantidades debidas, para cualquier reclamación judicial de la deuda, y, en especial, para el caso de ejecución, se pacta expresamente que la caja prestamista junto con la escritura de constitución de la hipoteca puede presentar la liquidación que se practicará en la forma convenida en este título mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad exigida.

El día 28 de octubre de 2008 un representante de la caja prestataria acude al notario con el objeto de otorgar acta de determinación de deuda - protocolo 2. 310 del notario otorgante -. El compareciente acude al notario al que requiere para que expida documentación fehaciente de liquidación de saldo, según carta de requerimiento que adjuntaba - carta debidamente firmada por el requirente. En el apartado cuarto de esta acta el notario acredita que de la documentación aportada y el contenido del contrato de préstamo citado deduce que la liquidación de la cuenta ha sido practicada según criterios matemático-financieros y generalmente admitidos y de acuerdo con las condiciones pactadas por las partes. La liquidación de la deuda a fecha de octubre de 2008 es de 139.764'76 euros, a favor de la prestamista, según los certificados emitidos por la caja prestamista. El desglose que se hace de las cantidades adeudadas tras el vencimiento anticipado y liquidación es de:

- 136.674'02 euros de principal.
- 3.017'97 euros de intereses ordinarios.
- 72'77 euros de intereses de demora.
- Gastos y comisiones no se ha reclamado cuantía alguna.

A esta acta notarial se incorporan copias - de difícil lectura por la calidad de la copia - que recogen la liquidación efectuada por la prestamista, así como la determinación de intereses.

El 21 de enero de 2009 se remite por la caja prestamista telegrama al Sr. Armando en la que se comunica el inicio de acciones judiciales en reclamación del importe adeudado hasta el 16 de octubre de 2008, más los intereses pactados desde esa fecha hasta el completo pago, más los gastos correspondiente. La razón del inicio de esas actuaciones judiciales es el incumplimiento de las cláusulas pactadas, la caja prestamista ha dado por vencido el préstamo previamente a la interposición de la demanda. Por medio de ese telegrama se requiere de pago al prestatario.- El telegrama se entrega el 2 de febrero de 2009 a un familiar del demandante en el domicilio.

El 11 de marzo de 2009 la CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA inicia un procedimiento de ejecución de títulos judiciales al amparo del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) contra don Armando reclamándole 139.674'02 euros en concepto de principal, 90'74 euros por intereses venidos, 41.902'21 euros en concepto de intereses y costas prudencialmente fijados y sin perjuicio de ulterior liquidación. La ejecución se despacha sobre la finca registral objeto de la hipoteca: finca urbana situada en Martorell, AVENIDA000 número NUM000 actual, piso NUM001, puerta NUM002. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Martorell nº 1, al tomo NUM003, Libro NUM004, folio NUM005, finca NUM006.-

En la demanda se establece un interés ordinario conforme a la condición tercera bis de la escritura de otorgamiento del préstamo y constitución de la hipoteca de un 4'87 % nominal anual y un tipo de interés de demora del 18'75%.

En esa demanda se indica que el prestamista dejó de abonar las cuotas comprometidas de junio a septiembre de 2008 - ambas inclusive, habilitando con ello a la prestamista a dar por vencido anticipadamente el préstamo -. La cuota del mes de junio de 2008 ascendía a 620'82 euros, la del mes de julio ascendía a 822'19 euros, la de agosto a 861'80 euros y la de septiembre a 848'65 euros - en el cálculo de estas cuotas la entidad financiera había aplicado ya no sólo los intereses ordinarios, sino también los de demora. A la fecha de interposición de la demanda de ejecución hipotecaria las cuotas vencidas no satisfechas ascendían a 3.153'46 euros.

Desde octubre de 2007 ya se habían cargado intereses por demoras puntuales en algunos vencimientos mensuales - octubre de 2007, diciembre de 2007, enero de 2008, febrero de 2008, marzo, abril y mayo de 2008. Hasta mayo de 2008 fue cumpliendo con sus obligaciones mensuales con cierta regularidad.

Desde el 31 de julio de 2007 - fecha del primer vencimiento del préstamo - hasta el 31 de mayo de 2008 -fecha de pago de la última cuota mensual satisfecha con cierta regularidad el Sr. Armando habría satisfecho 1.325'98 euros del principal prestado y 6.656'44 euros en concepto de intereses tanto ordinario como de demoras puntuales acumuladas. Adeudaba por lo tanto 136.220'14 euros de principal, más los intereses y costas correspondientes.

El procedimiento judicial se reparte al Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Martorell, que incoa los autos nº 261/2009. El día 15 de diciembre de 2009 se dicta auto despachando ejecución.

Según consta en el decreto dictado por el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell el 26 de julio de 2010 se procedió al requerimiento de pago del Sr. Armando, que no fue atendido, se convocó subasta judicial celebrada el 20 de

julio de 2010 sin que acudieran licitadores y la parte ejecutante solicitó la adjudicación del bien por el 50% del valor de tasación (97.200 euros) facultando al adjudicatario para ceder el remate a terceros en plazo de 20 días.

El 20 de enero de 2011 es la fecha señalada por el Juzgado de Martorell para que la comisión judicial habilitada al efecto por el Juzgado de primera instancia nº 5 de Martorell acudió al inmueble objeto de subasta y adjudicación - Martorell, AVENIDA000 nº NUM000, NUM001-NUM002 - con el objeto de otorgar la posesión del inmueble y autorizando a la comisión judicial para que procediera al descerrajamiento de la puerta de acceso al inmueble si fuera necesario para la práctica de la diligencia.

Estos puntos enumerados configurarían un posible relato de los hechos probados en el presente procedimiento, relato de hechos probados que se basaría fundamentalmente en una reproducción prácticamente literal de las principales cláusulas del préstamo hipotecario, más la reseña de las actuaciones judiciales seguidas en el juzgado de Martorell en el procedimiento de ejecución hipotecaria, más los elementos fundamentales referidos a la evolución de los pagos efectuados por el Sr. Armando del préstamo, más los datos fundamentales de la ficha que la entidad prestamista abrió al Sr. Armando para concederle el préstamo hipotecario.

En conclusión el Sr. Armando apenas pudo hacer frente a pago de una anualidad de las cuotas pactadas - con concreto 10 mensualidades - antes de dejar de atender sus obligaciones en junio de 2008, circunstancia que determinó que al cabo de tres meses de incumplimiento se diera por vencido el préstamo y se le reclamara la totalidad de lo adeudado.

El Sr. Armando fue requerido de pago tanto extrajudicialmente - por medio de un telegrama entregado a un familiar - y en el procedimiento judicial. No constan sus respuestas a esos requerimientos, que en todo caso no fueron debidamente atendidos. El Sr. Armando no se personó en forma en el procedimiento de ejecución hipotecaria y no consta motivo de oposición a la misma.

El Sr. Armando fue finalmente lanzado de la vivienda en enero de 2011 tras un procedimiento judicial en el que se le reclamaban 139.000 euros de principal más los correspondientes intereses y costas que podrían superar los 40.000 euros más. Ante la falta de postores la prestamista se adjudicó por el 50% del valor de tasación, es decir, el Sr. Armando sigue adeudando a la prestamista más de 40.000 euros de principal, más la liquidación correspondiente de gastos y costas.- No se cuestiona en los presentes autos la legalidad de la convocatoria de subasta ni de la adjudicación al ejecutante - permitida por los artículos 891.4 y 671 de la LEC en supuestos en los que no acude ningún postor a la subasta.

En el presente procedimiento declarativo la representación del Sr. Armando solicita formalmente la declaración de nulidad de la condición o cláusula 15 de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, solicitando que se deje sin efecto y, en consecuencia, el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria fuera nulo, declarando válido y eficaz el contenido del resto del contrato.

Como ya se ha indicado en puntos anteriores la cláusula 15ª, titulada ejecución judicial de la hipoteca, establece la tasación de la finca, el domicilio del deudor a efecto de las notificaciones, la posibilidad de que sea reclamada judicialmente la deuda tanto por un procedimiento declarativo, como por los procedimientos de ejecución ordinaria o hipotecaria, así como la determinación de la deuda exigible por parte de la entidad financiera, en ese apartado **15. E)** se pacta expresamente que CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA puede presentar la liquidación que se practique en la forma convenida en el título para determinar la deuda mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad exigida.-Es este apartado E) el que en cualquier caso podría cuestionarse en cuanto a su validez y eficacia puesto que los apartados anteriores no tienen un contenido jurídicamente trascendente a los efectos de determinar los derechos materiales del deudor.

Tanto el contenido de esta cláusula 15 E) como el redactado de la propia demanda obligan a integrar el suplico de la demanda y, con ello, obligan a considerar otras cláusulas de la escritura:

Primeramente la cláusula seis bis del contrato, referida a los supuestos de resolución anticipada que pueda planear la entidad de crédito, concretamente el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor de sus obligaciones principales o accesorias.- Esta cláusula sexta bis necesariamente ha de vincularse a la cuestionada cláusula 15 E) en la medida en la que el cálculo o liquidación de la deuda exigible dependerá de que se active o articule esta resolución anticipada. En este punto no puede olvidarse que la Ley de enjuiciamiento civil - artículo 693 - habilita al acreedor ejecutante para limitar su reclamación a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, o acudir al vencimiento anticipado y reclamación de toda la deuda.

En segundo lugar a la cláusula tercera - criterios para la determinación de los intereses ordinarios -, cláusula tercera bis, complementaria de la anterior - referida a la determinación del tipo de interés variable para cada una de las cuotas, revisable cada seis meses -, y la cláusula sexta, que establece el criterio para calcular el interés de demora.

Finalmente y de modo accesorio también podrían verse afectadas las cláusulas cuarta y quinta, referidas a las comisiones y gastos que hubo de soportar el prestamista.

Llegado a este punto conviene recordar que el Sr. Armando era propietario de un inmueble desde 2003, que ese inmueble tenía una carga hipotecaria previa, distinta de la que es objeto de este procedimiento judicial y del procedimiento judicial de ejecución del que trae causa la presente demanda, carga sin duda vinculada a la adquisición inicial de esa vivienda.

En el año 2007 el Sr. Armando - cuyos ingresos eran conocidos por CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA al conceder el préstamo con garantía hipotecaria - llega a un acuerdo con la caja ahora demandada para obtener un nuevo préstamo con garantía hipotecaria que permita cancelar la deuda anterior - más de 1 17. 000 euros

de los prestados por la demandada a cancelar esa deuda -, con lo que del nuevo préstamo le quedan unos **20.000** euros de los que habrá de detraer los costes del nuevo préstamo.

Se fija el plazo de devolución del préstamo en 33 años. A lo largo del primer año se observan dificultades en el pago de las cuotas mensuales que de inmediato generan intereses moratorios y, finalmente, en junio de 2008, cuando el contrato no tiene un año de vigencia, se produce un nuevo impago de la cuota, al que le suceden otros tres más y que determinan que la prestamista active el mecanismo del vencimiento anticipado y reclame la totalidad de lo prestado con los intereses y costas correspondientes.

El Sr. Armando no se persona en el procedimiento de oposición, tampoco se acoge a la posibilidad de "liberar el bien", de enervar la acción ejecutiva y evitar la subasta conforme al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pagando las cuotas indebidas en el momento de la ejecución, más los intereses, costas y gastos correspondientes a dichas cuotas indebidas. Lo que cuestiona es que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, es nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación - recogidas en el texto refundido de la Ley 1/2007, de 1 de noviembre.

Los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignoralos están claramente tasados por los artículos 695, 696 y 697 de la LEC. El artículo 698 es contundente al advertir que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado pudiera formular, que no se hallare comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre la 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 o entorpecer el procedimiento judicial de ejecución. Al deudor no le era posible activar el mecanismo de protección para el deudor previsto en el artículo 898.2 de la LEC por cuanto no se habían producido posturas en la subasta del procedimiento de ejecución y el acreedor instante había optado por adjudicarse el bien por el 50% del valor tasado, no había por

lo tanto cantidades que pudieran retenerse sino que se había procedido a entregar la posesión al ejecutante en los términos referidos en el procedimiento de ejecución.

Los motivos de oposición del procedimiento de ejecución hipotecaria son incluso mucho más tasados que los procedimientos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales o arbitrales - artículo 557 y concordantes de la LEC -. Los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria - a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados por seguir la terminología de la LEC -, son:

(1) Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.- No es el caso.

(2) Error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. Tampoco es el caso porque se trata de un préstamo que no se vincula a una operación de adeudo en cuenta. Además para que pudiera habilitarse este mecanismo sería necesario que el deudor presentara la libreta en la que se arrojara un saldo debido distinto del reclamado en la ejecución. No es necesario aportar las libretas cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades financieras en las que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la especificada en el certificado expedido por la acreedora, en este caso el artículo 695.1.2º. II exige que el deudor ejecutado deba expresar con precisión los puntos en los que discrepe de la liquidación efectuada.- tampoco parece que sea el caso pues aquí no consta un cierre de cuenta ni el saldo final se vincula a ese cierre. Aquí no hay sino un préstamo de una suma de dinero y una garantía inmobiliaria para ese pago.

(3) El tercer supuesto es para la existencia de otra hipoteca o garantía inscrita con anterioridad que al gravamen que motive el procedimiento, con la correspondiente certificación registral.- No es tampoco el caso porque la hipoteca anterior fue cancelada con una parte sustancial del préstamo recibido.

Tampoco se ha planteado ni una tercería de dominio en los términos del artículo 696 de la LEC, ni se ha interpuesto un procedimiento penal que comprometa el desarrollo del procedimiento de ejecución hipotecario - supuesto del artículo 697 de la LEC.

Por lo tanto cualquier procedimiento que quisiera interponer el deudor para cuestionar la validez de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habilitaban al prestamista para iniciar la ejecución singular sobre ese bien ofrecido en garantía, debía realizarse por el mecanismo de un procedimiento ordinario que en modo alguno podría comprometer el desarrollo y culminación del procedimiento de ejecución hipotecaria. La culminación o finalización de ese procedimiento de ejecución era la entrega del bien, la efectiva adjudicación en este caso al ejecutante.

Retomamos por lo tanto la pretensión del Sr. Armando en los presentes autos, pretensión que no es otra que la de obtener un pronunciamiento de nulidad de una de las cláusulas, la 15ª, nulidad que, si se acordara, no podría determinar en modo alguno que este juzgado mercantil acordara o decretara la nulidad de lo actuado en otro procedimiento judicial, ante otro juzgado seguido con las formalidades correspondientes.

Para analizar la nulidad de esa cláusula con el significado que ello supone, es decir, cuestionar la posibilidad de vencimiento anticipado del préstamo, cuestionar los mecanismos de determinación de la deuda de principal, intereses de todo tipo, gastos y costas, y cuestionar, finalmente, que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución sumario y con motivos de oposición muy tasados, sin apenas incidencias que permitan suspender el procedimiento de ejecución y adjudicación al adquirente - bien un tercero, bien el propio acreedor -. Debe tenerse en cuenta que las partes no cuestionan que el Sr. Armando era un consumidor y que solicitaba el préstamo para hacer frente al pago del coste de adquisición de su vivienda habitual, vivienda donde residía él y su familia y que había sido objeto de adquisición por medio de un préstamo hipotecario anterior.

Hay que recalcar que no se discute la realidad del incumplimiento de pago de las cuotas y que, en la medida en la que no consta controversia, tampoco se discute que el Sr. Armando no ha pagado esas cuotas porque no ha podido, no dispone de ingresos suficientes - no debe olvidarse que cualquier viso de fraude o abuso de derecho debería ser probado por quien lo alega -. El Sr. Armando acude al procedimiento ordinario como último remedio, frustrado a la postre, para evitar el lanzamiento de la que había sido durante años su vivienda.

Tampoco se discute que pese a que se constata en la escritura de préstamo el consentimiento y aceptación de las cláusulas y condiciones, el contrato de préstamo es un contrato tipo y que su clausulado lo integran un conjunto de condiciones generales de la contratación. Condiciones generales que quedarían sometidas al régimen y tutela tanto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 (Ley 7/1998), como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias - en los artículos 80 a 91 se abordan las cuestiones referidas a condiciones generales y cláusulas abusivas.

Tanto la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación como el Texto refundido de 2007 no hacen sino incorporar al ordenamiento jurídico español las directivas comunitarias dictadas en protección de los consumidores y usuarios en materia de contratación civil y mercantil, concretamente la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores; también incorpora algunos criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de tutela de consumidores. En este punto no se puede olvidar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia de 27 de junio de 2000 (Caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asunto C-240/1998 a C-244/1998) ha ido consolidado una clara tendencia jurisprudencia que habilita al juez civil para tutelar incluso de oficio los intereses de los consumidores y dejar sin efecto determinadas cláusulas que siendo condiciones generales de la contratación han de catalogarse en todo caso como abusivas.

A partir de estas consideraciones las dudas surgen respecto de si el ordenamiento jurídico español tanto en sus aspectos materiales como procesales, cumple con el marco jurídico de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas y cuál debe ser el grado de intervención del juez frente a dichas cláusulas.

La mencionada directiva 93/13 incluye un anexo que recoge una relación pormenorizada de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (anexo que se relaciona con el artículo 3.3 de la Directiva en el que se advierte que se trata de una lista indicativa y no exhaustiva). Es especialmente llamativo el apartado q) del punto uno del anexo, en el que se indica que puede ser declarada abusiva la cláusula que suprima u obstaculice el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

Es llamativa porque el legislador español ni en la Ley de 1998, por la que se introduce la Disposición Adicional Primera a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, ni en el Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el nuevo texto refundido de dicha Ley incluye en su articulado una disposición similar o asimilable a la que aparece en la Directiva comunitaria. En concreto en lo referido al acceso a acciones judiciales o a recursos.

En este punto debe advertirse que si se opta por el acreedor por el procedimiento de ejecución de títulos judiciales con las especialidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento civil para los bienes hipotecados o pignorados las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas quedan muy limitadas, postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tendrá efecto suspensivo y que no podrá evitar, como en este caso, la pérdida del inmueble por el deudor.

Sentado lo anterior, no puedo ser ajeno a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 6 de octubre de 2009 (asunto C-40-08 Asturcom

Telecomunicaciones S.L.) en la que el tribunal al que ahora me dirijo indicó en el fundamento 39 que " *Por lo que respecta, en primer lugar, al principio de efectividad, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencias de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 14, y Fallimento Olimpiclub, antes citada, apartado 27)*" . Y concluye en el fundamento 53 " *que en la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase, en este sentido, la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32)*" .

Entiendo que conforme a la sentencia citada y sus consideraciones jurídicas le resulta muy complicado a un juez español poder establecer una tutela de oficio a un consumidor en un procedimiento de ejecución hipotecaria puesto que en este procedimiento de ejecución están rígidamente tasados los motivos de oposición, remitiendo a la parte allí ejecutada a un procedimiento declarativo de nulidad con obstáculos insalvables para evitar la consecuencia última de la ejecución no sólo es la venta o realización del bien sino su transferencia a un tercero lo que determina que en el caso de un inmueble que sea vivienda habitual el deudor ejecutado cuando inicia el procedimiento declarativo de nulidad ha perdido ya la posesión del inmueble.

A partir de estas consideraciones se plantea la primera duda o pregunta que se debería trasladar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una cuestión prejudicial, la de si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos. Cuestión que conforme a la sentencia citada del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea difícilmente puede plantearse en el procedimiento de ejecución, por lo tanto sólo podrá plantearse en el procedimiento declarativo que pudiera dimanar de la misma. De ahí que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea imprescindible en orden a la validez o nulidad de la cláusula 15ª del préstamo hipotecario.

Esa primera duda o pregunta ha de vincularse necesariamente a la formulación de dos cuestiones que complementan y permiten determinar el alcance de las primera, son las preguntas referidas a la interpretación de unas cláusulas que aparecen tanto en la Directiva Comunitaria de referencia como en la legislación española - artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley 1/2007 y apartado 1 e) del Anexo a la Directiva -: "Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Este segundo bloque de preguntas iría destinado a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pudiera dar contenido al concepto de desproporción en orden:

A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado en un largo lapso de tiempo - en este caso 33 años - por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.- Cuestión que ya fue tratada por el Tribunal Supremo Español en alguna ocasión.

La fijación de unos intereses de demora - en este caso superiores al 18% - que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros

contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables - tanto ordinarios como moratorios - realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

A la vista de esta normativa comunitaria parece razonable pensar que en el contexto de un procedimiento judicial declarativo el Juez español debería disponer de mecanismos bien de oficio bien a instancia de parte para analizar, en clave de tutela de los intereses de los consumidores, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado de las obligaciones, la liquidación de la cantidad adeudada con sus mecanismos de determinación y el carácter desproporcionado de alguno de los conceptos que se aplican al consumidor. Por ello se abre un diálogo con el Tribunal de Justicia, no con las partes, sin perjuicio de que legítimamente las partes puedan hacer valer ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las razones o argumentos que le llevan a discrepar de las dudas que planteo como juez nacional.

Por lo tanto las dudas que genera la legislación española en los mecanismos procesales y materiales citados, es su compatibilidad con las directivas comunitarias de tutela de los consumidores frente a cláusulas abusivas tanto en sus aspectos materiales como en los mecanismos procesales que permiten al acreedor la ejecución sin apenas oposición.

Por lo argumentado parece que el legislador español ha limitado los mecanismos de protección de los consumidores en caso de ejecución hipotecaria, materia especialmente sensible en supuestos en los que se vea afectada una vivienda que sea domicilio habitual del consumidor, y no ha establecido pautas claras para determinar si el vencimiento anticipado y los criterios de liquidación del total de la deuda son desproporcionados o no.

Las preguntas que se formulan al tribunal de Justicia de Luxemburgo son, por lo tanto:

Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Esa primera duda o pregunta ha de vincularse necesariamente a la formulación de dos cuestiones que complementan y permiten determinar el alcance de las primera, son las preguntas referidas al alcance de unas cláusulas que aparecen tanto en la Directiva Comunitaria de referencia como en la legislación española - artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley 1/2007 y apartado 1 e) del Anexo a la Directiva -: "Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Este segundo bloque de preguntas iría destinado a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pudiera dar contenido al concepto de desproporción en orden:

A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado en un largo lapso de tiempo - en este caso 33 años - por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

La fijación de unos intereses de demora - en este caso superiores al 18% - que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los caso en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables - tanto ordinarios como moratorios - realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

Visto lo cual,

DISPONGO

la suspensión del curso de las actuaciones en el trámite previo a dictar sentencia acordando plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguiente cuestión prejudiciales:

Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

1) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado en un largo lapso de tiempo - en este caso 33 años - por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

2) La fijación de unos intereses de demora - en este caso superiores al 18% - que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los caso en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables - tanto ordinarios como moratorios - realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial

trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas en el procedimiento principal ordenando remitir testimonio de esta resolución con testimonio de la demanda y contestación, acta de juicio y las resoluciones que se anexan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que, previo trámite de admisión de la cuestión prejudicial, de cumplida contestación en su caso a la cuestión planteada.

Así lo dispone y firma José María Fernández Seijo, Magistrado del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona.