



Roj: **SJM B 21/2013 - ECLI: ES:JMB:2013:21**

Id Cendoj: **08019470032013100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **02/05/2013**

Nº de Recurso: **13/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJM 82/2011,**
GTJUE 7/2012,
PTJUE 45/2013,
SJM B 21/2013

13/2011D2 (Ordinario)

JUZGADO MERCANTIL Nº 3

BARCELONA

Asunto:13/2011D2 (Ordinario)

SENTENCIA

En Barcelona, a dos de mayo de dos mil trece.

Vistos por José M^a Fernández Seijo, magistrado del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, los presentes autos de juicio ordinario seguido con el número 13/2011 entre:

Demandante .- Don Jose Manuel , domiciliado en Martorell, AVENIDA000 nº NUM000 ; representada por la Procurador de los Tribunales doña María Teresa Buitrago Hijano y asistida por el Abogado don Dionisio Moreno Trigo.

Demandada .- La entidad mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (CATALUNYACAIXA), domiciliada en Barcelona, Plaza de Antonio Maura nº &, representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio M^a de Anzizu i Furest y asistida por el Abogado don Ignasi Fernández de Senespleda.

Causa .- Nulidad por cláusulas abusivas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- El día 11 de enero de 2011 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por la Procurador de los Tribunales Sra. Buitrago, en nombre y representación de don Jose Manuel , en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se declarara la nulidad de la condición general decimoquinta de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por el actor con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA (actualmente CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA - CATALUNYACAIXA) el 19 de julio de 2007; solicitado que se dictara sentencia en la que declarada nula y sin efecto dicha cláusula, y se obligara a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y las consecuencias ligadas a dicho pronunciamiento, en especial la que pueda determinar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la aquí demandada ante el Juzgado de Primera



Instancia nº 5 de Martorell, autos 261/2009, declarando válido y eficaz el resto del contenido del contrato, con expresa imposición de las costas a la demandada.

Segundo .- Hecha designa apud acta el mismo 11 de enero de 2011 la demanda se admitió a trámite por Decreto de esa misma fecha, ordenando emplazar a la entidad demandada, emplazamiento realizado por diligencia de 17 de enero de 2011.

Tercero .- Por escrito de 7 de febrero de 2011 el Procurador de los Tribunales Sr. Anzizu Furest contestó a la demanda en nombre y representación de la entidad mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA (CATALUNYACAIXA), oponiéndose a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

Cuarto .- Por Diligencia de 16 de febrero de 2011 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa finalmente celebrada el día 19 de abril.

Quinto .- En la fecha señalada para la audiencia previa las partes se ratificaron en sus planteamientos iniciales, concretaron sus pretensiones y propusieron prueba que fue admitida en parte señalándose para su práctica el día 7 de junio de 2011.

Sexto .- En la fecha señalada para la vista se practicaron las pruebas admitidas y tras el trámite de conclusiones los autos quedaron sobre la mesa del Juez conclusos y vistos para sentencia.

Séptimo .- Por auto de 19 de julio de 2011 planteé una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que realizaba las siguientes preguntas: «1) 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.

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

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

b) 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, aun 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.

c) 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 [y que] 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.

Octavo .- El planteamiento de dicha cuestión determinó la suspensión del curso de los autos principales.

Noveno .- Admitida la cuestión prejudicial y tras el correspondiente trámite, el día 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta a las cuestiones planteadas por medio de sentencia de dicha fecha en la que se declaraba que : 1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:



- el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

- para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Décimo .- Recibidos los autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 21 de marzo de 2013 por Providencia de esa misma fecha se dio vista del resultado de la sentencia a las partes personadas por plazo de 10 días.

Undécimo .- La representación en autos de la mercantil CATALUNYA BANC S.A. realizó alegaciones por escrito de 11 de abril de 2013 reiterando su pretensión inicial de que se desestimara íntegramente la demanda principal. La representación del Sr. Jose Manuel realizó alegaciones por escrito de 12 de abril de 2013 reiterando su solicitud inicial de que se declarara nula la cláusula 15ª del contrato de préstamo y las consecuencias inherentes: Nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado, de intereses y de determinación unilateral de la deuda; reclamando, por ello la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria con efectos a la fecha de aplicación directa de la Directiva Europea 93/13, la nulidad del contrato de préstamo por falta de los elementos esenciales y de la garantía hipotecaria accesoria, depurando la normativa española que resulta ambigua respecto de la Directiva europea 93/13.

Decimosegundo .- Por Diligencia de 15 de abril de 2013 pasaron los autos al Juez para dictar sentencia.

Hechos probados

A la vista de la prueba practicada y de conformidad con el artículo 209.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe considerarse probado:

El día 19 de julio de 2007 don Jose Manuel 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. Jose Manuel se hace constar que el inmueble que va a ser objeto de garantía hipotecaria es el domicilio familiar del Sr. Jose Manuel , que el Sr. Jose Manuel 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 - se aportan varias nóminas de mediados de 2007 en las que constan unos ingresos netos mensuales por nómina de 1.137'93 euros -. 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 la actualidad el demandante se encuentra en situación de desempleo.

En julio de 2007, cuando se abre la ficha del hoy demandante en la entidad prestamista, constaba que el Sr. Jose Manuel 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 x i/[1-(1+i)elevado a -n]; fórmula donde:



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

(i) es el interés anual en 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: Intereses = Capital pendiente x período x 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.

7.1.) 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).

7.1.1.) 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 (EURIBOR).

7.1.1.1) 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).- No consta que el prestatario - hoy demandante - suscribiera ninguno de los contratos que daban lugar a bonificación.

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

8.1) La tasación del inmueble hipotecado y su verificación registral.

8.2) 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.

8.3) Gastos fiscales derivados de los mismos otorgamientos.

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

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

8.6) 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.

8.7) 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.

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

8.9) 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 plazo establecido, en los casos siguientes:

11.1) 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.

11.2) 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.

11.3) 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 afectación 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 Jose Manuel , 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. Jose Manuel 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).



En el folio 18 de la escritura, referido a la Tasa Anual de Equivalencia (TAE) la entidad financiera informa que "la suma de intereses, así como de comisiones y gastos repercutibles, si los hay, excluidos, si es el caso es decir, si también los hay, los impuestos y gastos anticipados a cargo de la parte deudora, equivale al tipo de interés efectivo anual postpagable de 5'702% anual, calculado bajo el supuesto de la total disposición del total concedido en el momento inicial y bajo el supuesto teórico que el tipo de referencian inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito, en el último nivel conocido en el momento de la formalización del contrato. La tasa anual equivalente, expresada en tanto por ciento, se calcula sobre la base de sumar a la unidad el tanto por uno dividido por el número de liquidaciones realizadas en el período de un año y, todo ello multiplicado por sí mismo tantas veces como períodos de liquidación se efectúen en el mismo plazo, restando la unidad de todo el resultado obtenido y multiplicándolo por cien. En el caso de la comisión apertura y otros devengos iniciales a favor de la Caixa Tarragona el cálculo se hará teniendo en cuenta su distribución durante la vida contractual del préstamo".

El 8 de agosto de 2007 don Jose Manuel 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 - apartado e) titulado deuda exigible - 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 este acta notarial se incorporan copias - de difícil lectura por su calidad - que recogen la liquidación efectuada por la prestamista, así como la determinación de intereses. En fase de prueba se ha aportado el documento original con la siguiente certificación:

Vencimiento

Cuota

30-06-08

31-07-08

31-08-08

30-09-08

Vencido

Pdte. Amort

Total:

Capital

119,31

119,89

107,05



107,63

453,88

136220,14

136674,02

Intereses

487,61

670,60

734,59

734,01

2626,81

391,16(*)

3017,97

%

5,893

5,893

6,461

6,461

Días

108

77

46

16

Intereses demora

13,90

31,70

20,16

7,01

72,77

0,00

72,77

%

18,75

18,75

18,75

18,75

Total

620,82

822,19

861,80

848,65

3153,4

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



136611,30

139764,76

(*) Los intereses son los devengados desde el 30-09-2008 hasta el 16-10-2008.

El 21 de enero de 2009 se remite por la caja prestamista telegrama al Sr. Jose Manuel 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, allí consta un importe adeudado de 139.764'76 euros, a los que deberían añadirse los intereses pactados y los gastos.

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 contra don Jose Manuel 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. Jose Manuel 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. En la parte dispositiva de dicho auto se indica: "Hágase saber al deudor que, tal como establece el artículo 693.3 LEEC, si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de la presentación de la demanda incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y que resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en apartado 2 del artículo 578. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segundo o ulteriores ocasiones, siempre que al menos, medien 5 años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento judicial o extrajudicial efectuadas por el acreedor. Instrúyase al deudor de que podrá oponerse a la presente ejecución por las causas contempladas en el artículo 695 de la LEC".

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. Jose Manuel , 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.

No constan en autos las liquidaciones de intereses y costas en el procedimiento de ejecución, la parte demandante cifra el principal adeudado tras el lanzamiento en la suma de 42.564'76 euros de principal y 41.902'21 euros de costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Pretensión de la parte demandante - representación de don Jose Manuel .

La representación en autos de don Jose Manuel solicitaba que se declarara la nulidad de la condición general decimoquinta de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por el actor con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA (actualmente CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA - CATALUNYACAIXA) el 19 de julio de 2007; solicitado que se dictara sentencia en la que declarada nula y sin efecto dicha cláusula, y se obligara a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y las consecuencias ligadas a dicho pronunciamiento, en especial la que pueda determinar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la aquí demandada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, autos 261/2009, declarando válido y eficaz el resto del contenido del contrato, con expresa imposición de las costas a la demandada.

Posición de la parte demandada - CATALUNYA BANC S.A.

La parte demandada se ha opuesto a lo pretendido de contrario entendiendo que debía ser desestimada la demanda por considerar que la cláusula de referencia no era susceptible de anularse por abusiva y que, por lo tanto, no debía declararse nulo el contrato de referencia ni la ejecución hipotecaria despachada.

Sobre los elementos de prueba determinantes para la configuración del relato de hechos probados .

Para la fijación de los hechos probados se han tenido en cuenta básicamente los documentos aportados por la propia parte demandada, el primero de los documentos la escritura pública de la constitución del préstamo con la garantía hipotecaria; en segundo lugar los documentos que constan en el expediente interno de la entidad financiera para la concesión del préstamo; el tercer bloque documental es el referido a la demanda de juicio de ejecución de títulos no judiciales y las resoluciones judiciales dictadas en dicho procedimiento. Ninguno de estos documentos ha sido impugnado o cuestionado por las partes y han permitido estructurar el relato de hechos probados.

Consideraciones previas a las alegaciones de las partes .

Desde el inicio del procedimiento tanto la parte demandante como la parte demandada han introducido en sus escritos rectores - demanda y contestación - elementos económicos, sociales y de política legislativa que trascienden del marco estrictamente jurídico del conflicto y de las pretensiones de las partes.

Estos factores se intensificaron a partir de noviembre de 2012, cuando se hizo público el informe de la Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que, desde la perspectiva de la defensa de la legalidad comunitaria, se daba respuesta a las cuestiones elevadas al TJUE.

Qué duda cabe de que la difusión de ese informe y de la sentencia dictada por el TJUE el 14 de marzo de 2013 le han dado una dimensión al procedimiento que supera el marco del propio procedimiento en la medida en la que ha coincidido con un intenso debate público - político, legislativo, social y económico - que ha dado lugar a un proceso de reformas legislativas que todavía no ha culminado.

Pese a esos factores lo cierto es que aunque las partes han aportado esos elementos metajurídicos que sin duda permiten comprender el conflicto - no en vano la función de los jueces es la de aplicar e interpretar las leyes en el contexto o realidad en el que deben desenvolverse tal y como establece el artículo 3 del código civil : "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas" -; lo cierto es que desde el arranque del procedimiento mi objetivo ha sido contextualizar las pretensiones de las partes en el entorno procesal y material del derecho español vigente - Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias-; sin olvidar que esas normas procesales y materiales deben aplicarse conforme a los criterios fijados por la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, así como la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado



en desarrollo de esta directiva. De hecho la razón de plantear al TJUE diversas cuestiones tenía por objeto consolidar los argumentos jurídicos que debían servir para dar respuesta a las pretensiones de las partes ante la duda - ya resuelta - de que la normativa interna del derecho español fuera insuficiente.

Por lo tanto ni las circunstancias en las que se valoró el inmueble - más de 194.000 euros por un piso de poco más de 50 metros cuadrados en una barriada de una ciudad dormitorio a pocos kilómetros de Barcelona -. Ni el hecho de que la entidad financiera a sabiendas de la situación del prestatario - un trabajador que sustentaba una unidad familiar con varias cargas percibiendo un único sueldo ligeramente superior a 1.100 euros netos mensuales, lo que determinaba que a partir de enero de 2008 en la medida en la que su cuota mensual ascendía a 841'64 euros, debiera aplicar más de un 70% de sus ingresos netos mensuales al pago del préstamo -. Ni el hecho de que el inmueble fuera adjudicado a la prestamista por el 50% de su valor de tasación.

Tampoco se ha tenido en cuenta que meses después del lanzamiento se aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y que en la actualidad se está tramitando el Proyecto de Ley de protección de los deudores hipotecarios, de reestructuración de la deuda y del alquiler social, de abril de 2013, de inminente aplicación. Normas todas ellas que supondrían un cambio sustancial de la situación del deudor - que podría acogerse a alguna de esas medidas - y que podría haber pospuesto el lanzamiento hasta que se hubiera realizado un debate sereno del posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecario, así como el alcance de la posible declaración de abusividad de alguna de esas cláusulas en el contrato y en las ejecuciones a él vinculadas.

Objeto de la demanda .

Por lo tanto el debate en los presentes autos es, no podría ser de otro modo, un debate estrictamente jurídico en el que se plantea si en un contrato de préstamo firmado por las partes el 19 de julio de 2007 se incluían cláusulas que deben reputarse abusivas y, caso de ser así, la incidencia o efecto que el carácter abusivo de las mismas pueda tener en la resolución del contrato teniendo en cuenta:

Que don Jose Manuel tiene la condición de consumidor.

Que el contrato de préstamo debe considerarse como un contrato de adhesión en el que la entidad financiera - como predisponente - no daba margen de negociación a la contraparte; de hecho la demandada no consideró necesario traer a la vista de juicio al Sr. Jose Manuel para que en el juicio pudiera formarme la convicción sobre las circunstancias en las que el Sr. Jose Manuel prestó su consentimiento para contratar, así como el grado de información, conocimiento y asunción de los efectos de las cláusulas y anexos que acompañaban al préstamo. La única declaración practicada fue la de un empleado de la demandada reclamado como testigo por la parte actora.

Que el contrato de préstamo incluía una garantía hipotecaria, es decir, se constituía una garantía real sobre el piso en el que el demandante tenía su residencia familiar habitual, inmueble adquirido poco antes, de modo que el préstamo solicitado se aplicó principalmente a cancelar un préstamo hipotecario anterior con otra entidad, un embargo mínimo de la Tesorería General de la Seguridad Social y los gastos que por todo concepto generaba el préstamo hipotecario objeto de los presentes autos.

Al constituirse el préstamo en escritura pública la parte demandante disponía del procedimiento de ejecución de títulos judiciales general - artículos 517 , 549 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, así como las normas específicas del artículo 681 y concordantes de la LEC - De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados -. De hecho la entidad financiera había ejecutado ante los Juzgados de 1ª Instancia de Martorell la garantía hipotecaria prestada requiriendo de pago al deudor, subastando y adjudicándose el inmueble ante la ausencia de postores. El Sr. Jose Manuel fue lanzado de la vivienda en la que residía con su familia el mismo día en el que interpuso la demanda ante el Juzgado Mercantil y su petición de suspensión de la diligencia de lanzamiento fue rechazada, en sede de medidas cautelares, por este mismo juzgado mercantil.

Por lo tanto es parte ineludible de este procedimiento analizar la incidencia que pudieran tener las cláusulas del contrato de préstamo y la constitución de la garantía hipotecaria en un procedimiento de ejecución ya concluido respecto del que el artículo 698 LEC advertía 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 capítulo".

Por lo tanto la posibilidad de que alguna de las cláusulas del contrato de 19 de julio de 2007 fuera declarada nula no se podía ventilar en el procedimiento de ejecución ya que no estaba reconocida dicha alegación como



causa de oposición y cualquier pretensión al respecto se debía realizar en un procedimiento que en modo alguno podía suspender ni la subasta, ni la adjudicación, ni el lanzamiento del deudor de la vivienda; esta fue una de las razones que me llevó a plantear la cuestión prejudicial al TJUE.

Sobre el momento en el que debía plantearse la cuestión prejudicial .

Antes de entrar a analizar el objeto de la demanda principal parece necesario dar respuesta a una cuestión de carácter procesal apuntada por la demandada en su escrito de valoración del alcance e incidencia que en el presente procedimiento pudiera tener la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 .

Considera la parte demandada en el folio 6 de su escrito de 11 de abril de 2013 que "debería reconocer el juzgador que esta concreta primera pregunta al TJUE no la debía realizar en el trámite de dictar sentencia ya que dicha duda o cuestión si (h)a caso se le debiera haber planteado cuando denegó in audita parte la medida cautelar que el mandante solicitó con su demanda de suspensión del procedimiento de ejecución. Es en ese momento cuando el juzgado debiera haber observado que el ordenamiento jurídico le impedía suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria y si acaso avocarle a la duda planteada".

Dicha consideración sin embargo choca con el redactado del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Económica Europea en su versión consolidada, que en su redacción literal establece que la cuestión ha de ser necesaria para poder emitir el fallo.

En este sentido la nota informativa del TJUE identificada con el número 2005/C 143/01 - publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de junio de 2005 - establece en su ordinal 18 que El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez. Él es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede plantear tal cuestión.

En el ordinal siguiente precisa que Es preferible, no obstante, que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del problema, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal. También puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio.

La referencia literal a "fallo" permite considerar que el Tribunal se refiere a la resolución definitiva, no a resoluciones que puedan producirse durante la tramitación del procedimiento.

Por otro lado en medidas cautelares se produce un primer juicio de valor, provisional e indiciario conforme a las exigencias del artículo 728 de la LEC , que no debe ser ni mucho menos determinante del fallo de la sentencia.

Por lo tanto aunque desde un punto de vista lógico pudiera parecer razonable lo planteado por la demandada lo cierto es que a la vista de las normas de referencia no era procesalmente posible el planteamiento de la cuestión en el incidente previo de medidas cautelares en las que no se podía en modo alguno suspender el acto de lanzamiento.

Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial .

Las dudas sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial entiendo que quedan resueltas por los ordinales 32 a 42 - ambos inclusive - de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 .

Sobre las cláusulas de la escritura de préstamo cuestionadas en la demanda y las facultades de oficio del juez de instancia para controlar las cláusulas abusivas que pudieran incluirse en contratos de adhesión en los que fuera parte un consumidor .

La representación del Sr. Jose Manuel en su escrito de demanda solicitaba que se declarara la nulidad de la condición general decimoquinta de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por el actor con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA (actualmente CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA - CATALUNYACAIXA) el 19 de julio de 2007; solicitado que se dictara sentencia en la que declarada nula y sin efecto dicha cláusula, y se obligara a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y las consecuencias ligadas a dicho pronunciamiento, en especial la que pueda determinar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la aquí demandada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, autos 261/2009, declarando válido y eficaz el resto del contenido del contrato, con expresa imposición de las costas a la demandada.

La mencionada cláusula 15ª, referida a la ejecución judicial de la hipoteca indica - apartado e) titulado deuda exigible - 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.

Considera la parte demandada que ya en la cuestión prejudicial elevada al TJUE se ampliaban las cláusulas objeto de controversia a otras tales como los mecanismos de vencimiento anticipado del préstamo, la fijación de intereses de demora, incluso a cuestiones que iban más allá del propio contrato y que se referían a los medios de oposición del procedimiento de ejecución de títulos judiciales.

Es cierto que la cuestión prejudicial iba más allá de la demanda y así se advirtió en la Providencia de 30 de junio de 2011 - apartados 1 y 2 - y en el auto de 19 de julio de 2011 en el que se planteaba la cuestión - fundamentos de derecho 9 y 10 -.

Las facultades de intervención de oficio de los jueces civiles en el control de las cláusulas abusivas incluidas en las condiciones generales de contratos de adhesión en los que intervengan consumidores ha sido reconocida por el TJUE desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98 , C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso Océano-Murciano Quintero), es reiterativo hasta la saciedad en un extremo: afirmar la obligación del Juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello".

Se trata, conforme a la sentencia de referencia y a todas las que posteriormente la desarrollan, de un instrumento justo que tiene además un efecto disuasorio, de manera que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato.

Citando jurisprudencia más reciente - concretamente la Sentencia TJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 - que sintetiza toda la doctrina anterior:

Apartado 21 "el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse, en particular, las sentencias antes citadas VB Pénzügyi Lízing, apartado 48, y Banco Español de Crédito, apartado 41).

Apartado 22 A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en particular, las sentencias antes citadas VB Pénzügyi Lízing, apartado 49, y Banco Español de Crédito, apartado 42).

Apartado 23 Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en particular, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08 , Rec. p. I-4713, apartado 32, y Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 43)" .

Sin abandonar la sentencia de 21 de febrero de 2013 - dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal húngaro - El apartado 29 advierte que "Sin embargo, al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda y otros, C-89/08 P, Rec. p. I-11245, apartados 50 y 54).

Apartado 30 Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El Tribunal de Justicia ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento (véase la sentencia Comisión/Irlanda y otros, antes citada, apartados 55 y 56).



Apartado 31 De ello se infiere que, en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado -sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto- que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales" .

En el supuesto de autos además de establecerse en la providencia de 30 de junio y en el auto de 19 de julio de 2011 la íntima conexión entre la cláusula 15ª y el resto de cláusulas de la escritura, lo cierto es que desde ese momento se cumplió con la exigencia de contradicción exigida por la jurisprudencia del TJUE, contradicción que ha permitido que en los últimos escritos de abril de 2013 - presentados tras el dictado de la sentencia donde se daba respuesta a la cuestión prejudicial - tanto el demandante como la entidad financiera demandada pudieran realizar cuantas alegaciones consideraron oportunas respecto del posible carácter abusivo de otras cláusulas de la escritura distintas de la concreta cláusula nº 15 objeto del suplico de la demanda principal.

Por lo tanto el objeto de los presentes autos no puede ni debe circunscribirse al contenido concreto de la cláusula nº 15 de la escritura de préstamo sino que debe extenderse a cuantas cuestiones fueron planteadas al TJUE, cuestiones todas ellas respecto de las que las partes han tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sin ningún tipo de límite ni procesal, ni material.

Sobre la cláusula de intereses moratorios .

la condición financiera sexta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria 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 Abogado General en su escrito de conclusiones de 8 de noviembre de 2012, en defensa de la legalidad comunitaria, advierte en el apartado 87 que *"Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo"* . En el apartado 84 de dichas conclusiones la Abogado General considera que *"En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la lista que contiene el anexo a la Directiva sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo. Por consiguiente, la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo; no obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula"* .

La Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 en el apartado 74 fija el marco de apreciación del carácter abusivo de los intereses de demora : *" En segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos"* .



En el debate legislativo y judicial abierto tras la publicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013 se ha considerado que un interés de demora superior a 2 ó 3 veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo por lo que el interés de demora pactado - un 18'75% - debe considerarse abusivo:

tanto si se considera que es un instrumento a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, por lo que el tipo de interés de demora sería claramente excesivo cuando rebasa ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora.- La entidad financiera al ponderar el alcance de la sentencia TJUE no ha dedicado argumento alguno a justificar o concretar los perjuicios causados por la mora.

como si se considera que con el interés de demora se pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Lo cierto es que el objetivo de mantener una ética de pago difícilmente justificaba un interés tan severo cuando de los datos con los que contaba la entidad financiera en el momento de conceder el préstamo se constataba que el deudor - el Sr. Jose Manuel - no pagaba porque no quisiera, sino que su impago se debía a la imposibilidad de afrontar el mismo ya que la entidad era conocedora de que el único ingreso familiar era un salario neto ligeramente superior a los 1.100 euros al mes (en el cómputo anual los ingresos brutos rondarían los 18.500 euros); y el único elemento patrimonial destacable era la propia vivienda. Por lo que si perdía el trabajo quedando en situación de desempleo y perdía la vivienda carecía de ningún medio económico suficiente para el pago de la deuda pendiente.

Cuál debiera ser la consecuencia de haber establecido un interés de demora abusivo en la escritura de préstamo. Lo cierto es que se ha abierto un debate complejo en la práctica judicial que ha dado lugar a que, en tanto en cuanto no se produzca una reforma legislativa, los pronunciamientos judiciales han ido identificando criterios o pautas para determinar el interés moratorio no abusivo.

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 14 de junio de 2012 - Asunto C-618/10 - con referencia a los intereses moratorios que deban tildarse de abusivo ha declarado que (1) *La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.* (2) *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.*

Lo que ha determinado que el TJUE en el apartado 71 de dicha sentencia haya declarado que *"Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor"*.

La cláusula de intereses de demora incluida en la cláusula sexta de la escritura de préstamo debe considerarse abusiva y la consecuencia de dicha declaración es que debe dejarse sin aplicación frente al consumidor.

La consecuencia directa de este pronunciamiento es evidente, una parte de lo reclamado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales debería considerarse incorrecto dado que, siendo abusivos los intereses de demora, las cantidades reclamadas por dicho concepto deberían excluirse, por lo que la cantidad reclama integrando el principal de dicho procedimiento de ejecución - 139.764'76 euros - no sería correcta, advirtiendo además que en ese principal se incluyen los intereses remuneratorios vencidos y los intereses de demora vencidos a la fecha de interposición de la demanda. La propia certificación del banco pone de manifiesto que respecto de la cantidad solicitada como préstamo quedaban en realidad por amortizar 136.220'14 euros.

Examinada la certificación que aporta la propia entidad financiera - borrosa en la copia que se aporta con la demanda, más clara en los documentos requeridos a la entidad financiera en fase de prueba -, se pone de manifiesto que al aplicar los intereses de demora la hoy demandada aplicó los mismos no sólo a la cantidad adeudada como principal, sino también a las cantidades adeudadas como intereses remuneratorios, sólo así es posible que salgan los cálculos de intereses moratorios por día referidos en dicha certificación - fechada el 16 de octubre de 2008.



En definitiva los intereses moratorios incluidos en la escritura de préstamo eran abusivos por desproporcionados, además se calcularon incorrectamente conforme a la fórmula pactada en la propia escritura ya que no se aplicaron al capital pendiente, sino al capital más los intereses remuneratorios pactados.

Sobre la cláusula de vencimiento anticipado .

En la cláusula sexta bis de la escritura se incluye que 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: 11.1) 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.

Con ello la escritura incluye una pauta de vencimiento anticipado que entronca con la jurisprudencia española consolidada, basta el incumplimiento de una mensualidad para que la parte "in bonis" pueda instar la resolución.

En el supuesto de autos aunque la propia entidad financiera se refiere a retrasos puntuales en el pago de algunas mensualidades - la póliza se firma el día 19 de julio de 2007, la fecha efecto de la primera cuota es el 31 de agosto de 2007 -, el primer impago completo se produce a fecha 30 de junio de 2008, menos de un año tras la firma del contrato.

Pese a haberse establecido una cláusula como la descrita que permitía la resolución con el primer incumplimiento lo cierto es que la entidad financiera espera a que se produzcan cuatro incumplimientos - finales de junio, finales de julio, finales de agosto y finales de septiembre. Certificando el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo a fecha de 16 de octubre de 2008.

El contrato se pactó con una duración de 33 años - 396 meses -, el vencimiento anticipado se produce cuando se han constatado 4 incumplimientos, es decir en términos temporales cuando se había producido un incumplimiento equivalente al 1'01% del plazo total pactado.

El Sr. Jose Manuel había dejado de pagar en el momento del vencimiento anticipado del préstamo 453'88 euros de principal. El préstamo se había concedido por 138.000 euros, es decir, la entidad financiera había decidido vencer anticipadamente el préstamo cuando el Sr. Jose Manuel había dejado de pagar el 0'328% de la cantidad prestada.

Si a esos 453'88 euros le sumamos la cantidad impagada en concepto de intereses remuneratorios - 2. 626'81 euros -, el porcentaje de deuda impagada seguiría siendo reducido.

Los informes recabados por la entidad financiera antes de conceder el préstamo reflejaban con claridad que la mencionada entidad conocía con detalle la situación patrimonial del deudor y las posibilidades de pago de la deuda en función del salario que percibía el deudor y el valor del inmueble.

La Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 establece respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en el apartado 73 que *"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"* .

Sin duda es grave que el deudor haya dejado de pagar 4 cuotas aunque dicho incumplimiento pudiera ser previsible conforme a los datos de los que disponía la entidad financiera respecto del patrimonio e ingresos del Sr. Jose Manuel incluso en el supuesto de que mantuviera su puesto de trabajo en las condiciones económicas referidas en la nómina - debía aplicar más del 70% de sus únicos ingresos fijos reconocidos al pago del préstamo -. Pero la cuestión es la de determinar si el incumplimiento era suficientemente grave, y lo cierto es que resulta muy complicado entender que con la cantidad solicitada como préstamo y el plazo pactado incumplimientos como los advertidos no debían ser considerados suficientemente graves cuando además eran previsibles.

En el debate legislativo actual se establecerá previsiblemente un lapso temporal - tres cuotas -, aunque lo cierto es que apenas un año después de la interposición de la presente demanda el gobierno, por medio del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, establecía moratorias en cuanto al inicio de la ejecución que, de haber estado en vigor en el momento



de la subasta o del lanzamiento hubieran permitido al Sr. Jose Manuel acogerse a medidas excepcionales asumidas por las entidades financieras que hubieran aceptado el código de buenas prácticas propuesto por el gobierno.

Ni la previsible regulación del vencimiento anticipado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el código de buenas prácticas se pretenden aplicar con carácter retroactivo; pero lo cierto es que dichos textos normativos permiten fijar las pautas interpretativas de lo que debe ser un incumplimiento grave en un contexto económico y social como el presentado por el Sr. Jose Manuel . En otros países las circunstancias que justifican el vencimiento anticipado de contratos de larga duración establecen porcentajes de incumplimiento por parte del deudor muy superiores a los que previsiblemente regule la LEC en un futuro inmediato.

En todo caso la cláusula de vencimiento anticipado pactada que permitía la resolución con un solo incumplimiento, por previsible que fuera, debe ser reputada como abusiva dado que no se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Cierto es que el grado de tolerancia de la entidad financiera permitió desde el arranque de la vigencia del contrato impagos puntuales - que fueron sancionados con los correspondientes intereses moratorios que se aplicaron conforme al detalle de pagos facilitado por la propia entidad - y que incluso la entidad financiera aguardó a que se produjeran cuatro impagos sucesivos - de junio a septiembre de 2007 - para aplicar la cláusula de vencimiento anticipado. Pero aún y así lo cierto es que el incumplimiento no debe reputarse, por los factores aludidos de previsibilidad a la vista de los datos de los que disponía la propia entidad, como suficientemente grave al objeto de permitir un vencimiento anticipado que además permitía a la entidad financiera acudir a un procedimiento de ejecución tan severo como el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es importante destacar que la cláusula de vencimiento anticipado no sólo permitía a la entidad financiera reclamar la totalidad de lo adeudado hasta la fecha más los intereses, gastos y costas correspondientes, sino que además le habilitaba para acudir a la vía del procedimiento de ejecución en el que se limitaban las causas de oposición y se impedía cualquier interferencia que pudiera suspender la ejecución y el lanzamiento.

Por lo tanto la gravedad de los incumplimientos deben ponerse en relación no sólo con el porcentaje de deuda impagado para un préstamo proyectado a muy largo plazo - el Sr. Jose Manuel había nacido en 1960 y en el momento de firmar el contrato tenía 47 años, lo que determinaba que hubiera terminado de pagar el préstamo con 80 años -, sino también con los instrumentos de los que podría disponer la entidad financiera para reclamar la deuda.

Cierto es que la LEC en su artículo 693.3 permite, si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, que el deudor, aun sin el consentimiento del acreedor, pueda "liberar" el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberación que supone de hecho rehabilitar el contrato, eludiendo con ello las consecuencias del vencimiento anticipado. Lo que no parece tan claro es que se trate de medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Para realizar ese juicio de adecuación y eficacia basta tener en cuenta que en el contexto de la crisis económica el legislador se ha visto obligado a establecer una moratoria en el lanzamiento de dos años cuando se haya de ejecutar la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en circunstancias económicas extremas.

No tiene sentido que en el contexto de la crisis económica, cuando se debate sobre si es o no suficiente una moratoria de dos años en el lanzamiento respecto de personas especialmente vulnerable, se entienda como no abusiva una cláusula que permite el vencimiento anticipado de un préstamo con un solo incumplimiento de una cuota, incluso con tres o cuatro incumplimientos, cuando los mismos tienen su origen en circunstancias no previstas por el deudor y conocidas por el acreedor.

Declarada la nulidad, por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado la consecuencia ineludible es que la entidad financiera no podría haber solicitado el despacho de ejecución por la totalidad de la deuda.

Sobre la cláusula de liquidez incluía en la cláusula decimoquinta de la escritura .

El apartado e) de la mencionada cláusula, titulado deuda exigible indicaba 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.

En octubre de 2008 la entidad financiera procede al vencimiento anticipado y procede a liquidar la deuda pendiente.



Si se considera que la cláusula de vencimiento anticipado era nula no cabe duda de que la liquidación efectuada sería incorrecta por cuanto no podría tenerse por exigible lo reclamado como capital pendiente de amortización. Podrían reclamarse las cuotas impagadas, los intereses remuneratorios pactados y no pactados, así como los intereses moratorios aplicados sobre el capital debido, lo que determinaría una deuda exigible a dicha fecha de 3.153'46 euros.

Ya se ha advertido en fundamentos anteriores de que además en la liquidación parece que la entidad financiera haya aplicado los intereses moratorios a la cantidad debida como capital más la cantidad adeudada como interés remuneratorio, excediéndose con ello de lo pactado en la propia póliza en la que el interés moratorio se aplicaba sólo respecto del capital - capital definido en la cláusula primera apartado a).

Por lo tanto aunque con carácter general el Tribunal Supremo español ha permitido en el caso de pólizas de préstamo considerar líquida ab initio la deuda dimanante y considerar válido el pacto de liquidez, lo cierto es que dichos pronunciamientos no pueden eludir que la concreta liquidación de la deuda, cuando se haga aplicando cláusulas que finalmente se hayan declarado abusivas, haya de determinar que dicha cláusula de liquidez deba reputarse abusiva cuando habilita al acreedor a acudir a un procedimiento de ejecución tan extremadamente severo como el previsto en la LEC tanto para la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados, como para la ejecución de títulos no judiciales en general.

La realización de la liquidación, con la circunstancia advertida de aplicación del interés moratorio más allá del capital y con un vencimiento anticipado ante incumplimiento que no debería reputarse por sí solos como graves, permite al acreedor acudir a un procedimiento de ejecución en el que el deudor tiene limitados los motivos de oposición hasta el punto de que el artículo 698 de la LEC advierte 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 capítulo".

De hecho el deudor no podría articular en el proceso de ejecución la oposición por cláusulas abusivas ni siquiera acudiendo a la alegación de incorrecta liquidación o pluspetición dado que el artículo 695.1.2º de la LEC sólo permitía alegar el 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. No debe olvidarse que en este caso no había saldos pendientes por cierre de cuentas, sino un préstamo de una cantidad determinada.

Esta limitación en los motivos de oposición fue la advertida como primera cuestión de las sometidas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y ha determinado que en el apartado 59 de la mencionada sentencia se haya declarado *"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 decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77)"*.

Una correcta transcripción de la directiva 93/13 debería haber permitido al deudor la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo. Al no permitirlo así la LEC en la redacción vigente en el momento de interposición de la demanda y en el de la fecha en la que se dicta sentencia, debería, cuando menos permitirse que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

El Sr. Jose Manuel ni pudo articular motivos de oposición por el carácter abusivo de algunas cláusulas en el litigio principal ni pudo obtener unas medidas cautelares en el presente procedimiento declarativo que hubieran podido paralizar el efectivo lanzamiento del inmueble. El juicio de valor sobre esas pretensiones ha debido hacerse cuando el deudor había visto como se había subastado su vivienda habitual, como se había adjudicado por la mitad de su valor a la entidad acreedora y como había sido, finalmente, lanzado del inmueble.

Consecuencias de los anteriores pronunciamientos .

Advierte el apartado 60 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 que el hecho de que se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, y que esa decisión sólo permita garantizar al



consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, vulnera lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/ 13 .

Por lo tanto el Sr. Jose Manuel debiera de haber podido articular sus medios de defensa frente a cláusulas abusivas bien en el propio procedimiento de ejecución, bien en un proceso declarativo que le hubiera permitido suspender el efectivo lanzamiento.

Eso no fue posible y le ha causado un perjuicio de difícil reparación, como destaca el apartado 61 de la citada sentencia cuando afirma que "Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda".

La declaración de las cláusulas referidas al interés moratorio, al vencimiento anticipado y al pacto de liquidez como cláusulas abusivas deberían de haber tenido su reflejo en el proceso de ejecución dado que afectarían a la liquidez de la deuda reclamada; en este punto el artículo 685.2 de la LEC establece que "A la demanda [ejecutiva] se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley ". Al declararse las cláusulas de referencia abusivas es claro que aunque la liquidación hubiera podido realizarse conforme a lo pactado la misma no sería correcta tanto por la aplicación de intereses moratorios desproporcionados, como por el indebido vencimiento anticipado.

En el proceso de ejecución la entidad financiera conforme a lo desarrollado en esta sentencia podría haber reclamado las cantidades debidas como principal hasta la fecha, así como los intereses moratorios; no podría haber reclamado, sin embargo, en la ejecución ni las intereses remuneratorios y el vencimiento anticipado de la totalidad de las cuotas pendientes.

Este pronunciamiento no cuestiona en modo alguno la realidad de la deuda generada por el principal prestado, ni la posibilidad de que la entidad acreedora pudiera articular la totalidad de sus pretensiones en un proceso declarativo en el que no se produjera la situación de desequilibrio procesal que a la postre se produjo en la oposición.

De lo recogido por la STJUE de 14 de marzo de 2013 parece evidente que el sistema procesal español en materia de ejecución de títulos no judiciales no se adecúa a las exigencias de la directiva comunitaria 93/13 y que esa falta de adecuación ha podido causar al Sr. Jose Manuel daños de compleja reparación, daños que no han sido reclamados en los presentes autos pero que en cualquier caso y con la debida forma podrían ser reclamados.

En definitiva deben declararse nulas por abusivas las cláusulas referidas a la fijación de intereses moratorios, la del vencimiento anticipado por un solo incumplimiento y la de liquidez que permitía la determinación unilateral por parte del prestamista de la cantidad exigible. Esa declaración de nulidad tiene como consecuencia refleja la de que la cantidad reclamada en el proceso de ejecución no fuera líquida en los términos y cantidades que reflejaba aquella demanda.

La petición refleja en la demanda de que se decrete la nulidad del proceso de ejecución hipotecaria es compleja de articular en la medida en la que no se cifran las consecuencias exactas de dicha petición, ni se tiene la certeza en autos de la situación posesoria en la que actualmente se encuentra el inmueble tras el lanzamiento, dado que no se tiene la certeza de que el inmueble pueda estar o no ocupado por un tercero que no ha sido parte de los presentes autos.

Costas .

El artículo 394 de la LEC establece la aplicación, como norma general, del principio del vencimiento para determinar la parte que ha de ser condenada en costas.

En el supuesto de autos las dudas de derecho han dado lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ni siquiera con la sentencia de dicho Tribunal de 14 de marzo de 2013 he podido resolver todas las dudas que genera un supuesto como el presente.

La representación de la parte demandada en su alegato final, tras la sentencia del TJUE, realizaba unas consideraciones que creo que es interesante reproducir de modo literal: "La cuestión es ¿ el juzgador se siente libre para dictar una sentencia desestimatoria en la misma medida que para dictar una sentencia estimatoria de la demanda? Esta parte no es quien para contestarlo, de hecho sólo el juzgador en su intimidad podrá gozar de esta libertad. Lo que no es cuestionable, y seguramente todos los intervinientes en este proceso



estamos de acuerdo, es que este caso para la opinión pública es representativo de muchas cosas que no tienen nada que ver con este caso concreto. Por ello, viene a cuento la pregunta de ¿Qué debe resolver el magistrado en su sentencia? ¿El caso del Sr. Jose Manuel y la nulidad de la cláusula de liquidez, o la bondad del sistema hipotecario español? Sinceramente esta parte ve muy difícil que el magistrado pueda vencer la inercia mediática del caso y desestimar la demanda que es lo que tocaría en derecho, a juicio de esta parte; pero ya conocemos la máxima de que la realidad no puede estropear un buen titular".

La cita recogida final - que la realidad no puede estropear un buen titular - se atribuye a William Randolph Hearst (1863-1951), un magnate de la prensa y de la industria audiovisual norteamericana que inspiró al personaje central de la Película Ciudadano Kane, dirigida por Orson Welles y considerada una de las mejores películas de la historia. Esa cita y otras similares aparecen en películas capitales de la historia del cine como Ace in the Hole de Willy Wilder, o en El Hombre que Mató a Liberty Valance, de John Ford. Estas referencias ponen de manifiesto las circunstancias en las que ha debido desenvolverse el procedimiento y la trascendencia, incluso simbólica, que haya podido tener la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, así como otras vinculadas, citadas en estos autos.

Todos estos factores justifican que en un supuesto como el presente no deban imponerse las costas a la parte demandada por las dudas y circunstancias mencionadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de don Jose Manuel, condeno a la entidad mercantil CATALUNYA BANC S.A. y declaro nulas por abusivas las cláusulas incluidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de 19 de julio de 2007, suscrito entre las partes, referidas a la fijación de intereses moratorios - cláusula sexta -, la del vencimiento anticipado por un solo incumplimiento - cláusula sexta bis a) - y la de liquidez que permitía la determinación unilateral por parte del prestamista de la cantidad exigible - cláusula decimoquinta e) -.

Esa declaración de nulidad tiene como consecuencia refleja la de que la cantidad reclamada en el proceso de ejecución no fuera líquida en los términos y cantidades que reflejaba aquella demanda.

Cada parte deberá hacer frente a sus costas y las comunes por mitad.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado en el plazo de veinte días desde su notificación.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación : Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.