Juzgado Primera Instancia * Mataró Alcalde Abril, 24 Mataró Barcelona

Procedimiento Incidente de oposición a la ejecución

Parte demandante Procurador Parte demandada EFC, SA

Procurador

Parte demandada UNIÓN DE CRÉDITO PARA LA FINANCIACIÓN MOBILIARIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO,

AUTO nº 42/14

En Mataró, a trece de febrero de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el procurador en nombre y representación de Don presentó escrito en fecha 17 de junio de 2013 formulando incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria despachada por auto de 16 de abril de 2012, alegando, entre otros motivos, el planteamiento por este Juzgado de cuestión prejudicial ante el TJUE, de cuestión de inconstitucionalidad y la nulidad por abusivas de alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que en su día concertó solicitando la elevación de cuestiones prejudiciales al TJUE, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre la DT 4 de la Ley 1/2013 y subsidiariamente el sobreseimiento de la ejecución, subsidiariamente la estimación de las causas de oposición aducidas declarando la nulidad de todas aquellas cláusulas abusivas obrantes en el título del que trae causa el procedimiento y se retrotraiga las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda ejecutiva, y de forma subsidiaria a las anteriores, se establezca las consecuencias de la declaración de abusividad en cada cláusula y en consecuencia, sin que quepa integrar las cláusulas anuladas con el resto del contrato para el caso de no estimarse el sobreseimiento se continúe con el despacho de ejecución en atención a las cláusulas válidas obrantes en el mismo, despachándose ejecución en la cantidad correspondiente al principal junto con los intereses remuneratorios a la fecha de la demanda, y se declare la nulidad de lo actuado por defecto del título y de la liquidación fehaciente del saldo deudor.

SEGUNDO.- Evacuado el oportuno traslado a la ejecutante, se acordó la suspensión del procedimiento de ejecución y se convocó a las partes a la pertinente comparecencia que se celebró el día 11 de noviembre de 2013 a las 9:35 horas, en la que la ejecutante impugnó la oposición formulada de contrario, alegando la validez de las cláusulas impugnadas y propuesta y admitida la prueba documental, quedaron las actuaciones conclusas para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dada la alegación de múltiples cuestiones, en el escrito de formalización de la oposición extraordinaria, establecida en la Ley 1-2013 de 14 de mayo, se van a resolver las planteadas, en la forma sucesiva en que se han planteado por los ejecutados sin perjuicio de que caso de considerarse necesario se agrupen dos o mas cuestiones por ser de resolución conjunta.

SEGUNDO.- En relación al solicitado planteamiento de cuestión prejudicial europea por parte de este Juzgado, y haciendo suya esta Juzgadora lo expuesto en auto del Juzgado de Primera Instancia * de Barcelona de 8 de julio de 2013, no se considera procedente, pues tal planteamiento es potestativo, no estimándose preciso hacerlo, máxime cuando no existe ningún procedimiento declarativo instado conforme al art 698 LEC. Obsérvese cómo el art 267del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo...". Y las RECOMENDACIONES del TJUE (a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C338/01) indican que "10. La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado". y 11. "Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario par resolver el litigio del que esté conociendo".

El presente caso del que conoce este Juzgado es una ejecución hipotecaria, con causas legales de oposición tasadas y remisión en lo que exceda de las mismas al declarativo ordinario en el que puede plantear la parte las peticiones que previo examen en su caso, y si resultare preciso por su objeto buscando la interpretación auténtica del derecho comunitario, se podría provocar el planteamiento de la cuestión, pero ello no procede en el presente procedimiento de ejecución cuando ninguna cuestión de las indicadas constituye su objeto.

TERCERO.- Tampoco procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional. De nuevo esta Juzgadora hace suyo por acertado el criterio del Juzgado de Primera Instancia * de Barcelona.

El ATC de 19-7-2011 ratifica, mediante inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad, el ajuste a la Carta Magna del procedimiento hipotecario, con cita de anteriores pronunciamientos, indicando que: ("TERCERO.-...mayor consistencia presentan las reservas expresadas por el Fiscal General en lo atinente al cumplimiento por la cuestión planteada del requisito relativo a la correcta apreciación del juicio de relevancia exigido por el art. 35.1 LOTC. En efecto, en relación con este requisito de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad hemos señalado reiteradamente que el juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a través suyo se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece el juez de legitimación. Dicho juicio de relevancia ha sido definido por este Tribunal como "el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez

de la norma cuestionada" (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, por todas) y constituye "una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión, pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3) entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley" (SSTC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5 y 166/2007, de 4 de julio, FJ 7, entre otras).

En suma, las razones expuestas conducen finalmente a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sin antes reiterar, en el presente caso, que la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir".

Doctrina esta aplicable al caso de autos.

CUARTO.- En cuanto a la alegada abusividad del pacto de liquidez, en el presente caso, y de los hechos concretos del proceso, se desprende que el mismo no puede considerarse abusivo, dado que los consumidores, tienen perfecto conocimiento de la liquidación de la deuda. En efecto, el préstamo con garantía hipotecaria se realizó en fecha de 22 de junio de 2007 por 248.000 euros, disponiendo la parte ejecutada de dicha suma en su totalidad en dicho momento; se estableció un periodo de carencia en el que sólo se devengaban intereses hasta el 3 de julio de 2010 y después se pactó la amortización en 419 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, y se establecieron los correspondientes intereses ordinarios y de demora, por lo que la cantidad adeudada, es la correspondiente al principal más los intereses desde la fecha del impago hasta la fecha de la liquidación y en todo caso, la certificación del saldo, incluye los cálculos efectuados por la ejecutante para determinar la cuantía liquida de la deuda, los cuales pueden ser revisados por la ejecutada.

La Sección 13 de la AP de Barcelona, en resolución de 5 de noviembre de 2012 indica que la acreditación fehaciente de la corrección de la liquidación conforme a lo pactado, de los requisitos que la jurisprudencia ha exigido en torno a las mismas desde que el TC, en sentencia 42/1992 interpretase conforme a la CE el art. 1435 de la LEC/1881. Pero dichos requisitos que se recogen hoy expresamente en el art. 573 de la LEC 1/2000, suponen la verificación de la regularidad del saldo deudor presentado por la entidad acreedora en base a lo pactado en la póliza y de conformidad con la documentación aportada por ésta (extractos de partidas de cargo y abono y las de los intereses aplicados), sin necesidad de plasmar materialmente el detalle de las concretas operaciones matemáticas efectuadas para ello (...) Que las fórmulas contables pactadas sean o no correctas y que por ende, la cantidad que arroja el saldo deudor notificado sea realmente la debida no afecta al concepto de liquidez formal exigida para despachar el título ejecutivo, como se deriva de lo actualmente dispuesto en el art. 572.2 de la LEC, todo ello sin perjuicio del derecho de la parte a promover el juicio ordinario donde alegar la supuesta ilegalidad de la forma de liquidación convenida por las partes o predispuesta por la entidad de crédito.

En la certificación del saldo constan los cálculos efectuados por la ejecutante para determinar la cuantía líquida de la deuda, que ha sido debidamente notificado a la ejecutada que no ha manifestado que estén mal efectuados, limitándose a manifestar su imposibilidad de cálculo. El documento, por lo tanto, cuenta con los requisitos de formalidad y cálculo adecuados y ello

comporta que la declaración de cláusula abusiva no se estime concurrente.

QUINTO.- Solicita la ejecutada que se declare nula la cláusula referida al vencimiento anticipado por impago de algunas cuotas de las 419 cuotas mensuales a pagar desde el 3 de agosto de 2010 hasta el 3 de junio de 2045 ambos inclusive. La hipoteca se constituyó el 22 de junio de 2007 y el 14 de noviembre de 2011 se dio por vencido el préstamo.

En relación a la abusividad de esta cláusula, la STJUE de 14 de marzo de 2012 (Mohamed Aziz-Catalunya Caixa) y en base a la Directiva 93/13 CEE, establece que corresponde al Juez apreciar en contratos de larga duración por incumplimiento del deudor en un período limitado si la cláusula puede considerarse o no abusiva. Corresponde al Juez de instancia apreciar si en el caso concreto la facultad de la entidad de resolver de dar por vencido anticipadamente la totalidad del préstamo reviste una consideración suficientemente grave en relación con la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción en relación a las normas aplicadas a la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

La STS de 4 de julio de 2008 y la doctrina moderna vienen avalando la validez de las cláusulas que nos ocupan atendiendo a los usos del comercio, a la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria y a la propia autonomía de la voluntad regulada en el art. 1255 del CC siempre y cuando exista una verdadera dejación de las obligaciones esenciales del contrato y cuando el incumplimiento del contrato sea de tal calado que justificaría una acción tan penalizadora como el vencimiento anticipado.

A tal efecto, el vencimiento anticipado se produce con el impago de 6 cuotas mensuales. Teniendo en cuenta que la liquidación del saldo deudor aportado puede comprobarse que los ejecutados dejaron de abonar sus cuotas de mayo de 2011 hasta octubre de 2011. Por lo tanto, la entidad bancaria ejecutó el título cuando 6 cuotas del mismo estaban impagadas. Este incumplimiento no se considera esencial por la ejecutada. En cambio, la Juzgadora no comparte su criterio dado que los plazos incumplidos y su continuidad en el tiempo comportan un incumplimiento significativo que permite entender que por la parte que suscita la oposición se ha dejado de atender a su obligación principal de pago. Contrariamente, la entidad ha cumplido lo que le incumbía al poner a disposición de la parte la totalidad del monto del préstamo.

Además no puede olvidarse que el artículo 693 de la LEC establece que el impago de 3 cuotas da lugar a que se pueda dar por vencida anticipadamente la totalidad de la deuda, por lo que en el presente caso el impago de cuatro cuotas pueda dar lugar a dicho vencimiento sin que el mismo pueda considerarse abusivo.

Dicho lo anterior, procede desestimar el motivo de oposición planteado.

SEXTO.- Se alega también la abusividad de la clausula techo-suelo establecida en el préstamo hipotecario.

En la cláusula tercera bis del préstamo se establece que "el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20 por ciento ni inferior al 4,10 por ciento nominal anual"

La STS de 9-5-2013 establece las directrices para la valoración de la abusividad de cláusulas

limitativas de la variación del tipo de interés, como la aquí discutida, que pueden resumirse como sigue:

- Las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial (fundamento 190), lo que no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo (f. 191), al ser cláusulas sometidas a l doble control del transparencia (f.197).
- El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control del abusividad de una cláusula no negociada individualmente (f.215.a).
- En contratos suscritos con consumidores, la transparencia de las cláusulas no negociadas incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato (f. 215.b).
- Las cláusulas analizadas en la sentencia no son transparentes porque: a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b)se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar; d) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) en el caso de BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor (f. 225)
- El enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo (f. 235)
- Los contratos en vigor con cláusulas suelo abusivas siguen obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas (f. 276.c).
- La nulidad de las cláusulas suelo no afectará a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia (f. 294).

Resumiendo la nulidad de la cláusula suelo descansa en la forma de su comercialización y transparencia a la hora de ser contratada por la parte ejecutada.

La aplicación de la jurisprudencia indicada a la cláusula objeto de enjuiciamiento debe conducir a la declaración de abusividad por cuanto la misma no supera el doble control de transparencia establecido por el TS y además causa un evidente desequilibrio en los derechos y obligaciones del ejecutado.

Corresponde a la parte predisponente de la cláusula, como también recuerda la sentencia del TS la carga de probar el cumplimiento de sus deberes de información respecto del cliente, lo que en este caso no se consigue, pues no constan más documentos que los unidos a las actuaciones, sin que de ellos, y en particular de la escritura de préstamo hipotecario, resulte que la parte prestamista proporcionara a la prestataria toda la información necesaria. Ni en la oferta vinculante que se aportó por la entidad bancaria ni en el contrato de préstamo hipotecario (doc 1 de la demandad) se destaca tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato, no se facilitaron a los consumidores o al menos conforme al art. 217.7 de la LEC no han sido aportados por la entidad financiera simulaciones sobre el

comportamiento futuro de los tipos de interés. No consta tampoco aportada eventuales ofertas alternativas de interés fijo o variable sin límites o con una limitación diferente. No hay una información previa clara y comprensible o al menos no ha sido adjuntada sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad (caso de existir) o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Se carece de datos que permitan constatar que efectivamente hubo una negociación específica sin que existencia de oferta vinculante sea suficiente pues de la misma no se puede deducir que los ejecutados pudieron influir en el contenido o supresión de la cláusula.

Por ello la cláusula no es transparente ni permite conocer a los consumidores la repercusión económica que la mima tiene en el tracto contractual, generando un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato puesto que convierte un tipo de interés variable en fijo a la baja protegiendo e interés económico de la Entidad y dando al traste con las posibilidades de abaratamiento de la operación para el consumidor por mor de la bajadas de intereses previsibles para el empresario como afirma el TS.

En conclusión la cláusula se considera abusiva por cuanto para determinar tal carácter hay que acudir a la forma en que en que se negoció y a la parte ejecutante, dada la cercanía de los medios probatorios precisos, le correspondía probar que la comercialización fue transparente, sin que en el caso de autos existan elementos probatorios para entender que la negociación de la cláusula fue correcta y transparente.

La consecuencia de esta declaración de nulidad no puede ser otra que el sobreseimiento de la ejecución despachada. El despacho de ejecución se basa en el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de principal e intereses remuneratorios. En base a este vencimiento anticipado, la parte ejecutante determina la cantidad por la que insta el despacho de ejecución, pero esta cantidad no puede reputarse como líquida si una parte de la cantidad reclamada, en concreto los intereses remuneratorios fijados por aplicación de la cláusula suelo, se declara nula por abusividad. La cantidad objeto de demanda deviene así ilíquida, motivo por el cuál debe sobreseerse la ejecución conforme al art. 695.3 LEC, sin perjuicio del resto de acciones que le puedan corresponder a la parte ejecutante para hacer valer sus pretensiones sin aplicar la cláusula declarada abusiva, por el procedimiento posterior correspondiente.

SÉPTIMO.- En cuanto a la cláusula sobre el aval no ha constituido el fundamento de la ejecución ni ha determinado la cantidad exigible por lo que la alegación de su carácter abusivo excede de lo que es objeto del presente incidente extraordinario. Es cláusuls de carácter general que no afecta a la presente ejecución.

OCTAVO. - En materia de costas procesales, dada la estimación de la oposición a la ejecución, ha de condenarse a la parte ejecutante al pago de las costas causadas en el presente incidente, de acuerdo con los arts. 559, 561 y 394 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Estimo la oposición a la ejecución formulada por el procurador Don en nombre y

representación de Don y Doña , declaro el carácter abusivo de la cláusula tercera bis en la parte en que se fija un suelo y un techo como límites al interés variable y ordeno el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria 215/12-A seguida en este Juzgado.

Todo ello con condena a la parte ejecutante al pago de las costas causadas en el presente incidente de oposición

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles que contra la misma pueden interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de VEINTE DÍAS desde la notificación del mismo, y para que le sea admitido deberán constituir PREVIAMENTE Depósito, de la suma de 50 EUROS, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, conforme establece la D.A. 15ª de la LOPJ, introducida por la L.O. 1/2009, y estando exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita;

Llévese el original al libro de autos dejando testimonio en los presentes autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Doña * Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia * de Mataró. Doy fe.