

## Ejecución hipotecaria de vivienda: propuesta de petición alternativa de dación en pago; suspensión del procedimiento, declaración de nulidad o suspensión del lanzamiento

**Juan-Luis Monestier Morales**

Doctor Europeo. Abogado

Práctica de Derecho de Daños, Nº 112, Sección Al cierre, Enero-Febrero 2013

**LA LEY 19494/2012**

El alarmante número de ejecuciones hipotecarias que sufren miles de ciudadanos de este país, a causa del impago de las cuotas de sus préstamos por la crisis económica (despidos, EREs, fomento de los tipos variables en España frente a los tipos fijos en el resto de Europa) y, simultáneamente, los estrictos y limitados motivos de oposición en el seno del proceso de ejecución hipotecaria español, aun cuando existan elementos que pueden afectar a la validez de los contratos celebrados con consumidores, como la incorporación «generalizada» de cláusulas abusivas (cláusulas suelo y cláusulas techo) por la práctica bancaria, con incumplimiento de la normativa comunitaria, ha motivado el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (1), ante una posible vulneración de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Los hechos anteriores han motivado que el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) elaborase urgentemente un modelo de demanda para instar la paralización de los lanzamientos hasta tanto exista un pronunciamiento del TJUE. Remando en la misma dirección, se dirige el presente modelo de demanda al objeto de perfeccionar el editado por el CGAE, con la incorporación de la petición de una «dación en pago» (un deseo reclamado por un importante colectivo de afectados); una fijación más precisa e ilustrativa de las condiciones financieras para los operadores jurídicos; y, finalmente, la suspensión del procedimiento durante dos años, de conformidad con el reciente Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (LA LEY 19145/2012), de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

### MODELO-DEMANDA

**N.I.G.: [...]**

**Procedimiento: Ejecución hipotecaria [...]/[...]**

**Negociado: [...]**

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. [...]**

**DE [...]**

D/D.<sup>a</sup> [...], Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D/D.<sup>a</sup> [...], según tengo acreditado en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria núm. [...]/[...], ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito, interesamos que se acuerde la **DACIÓN EN PAGO**; y, subsidiariamente para el caso de no estimarse, la **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PENDENCIA DE LA STJUE** o hasta que se verifique la modificación de la Ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas; en su defecto, la **DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS ACTUACIONES Y LA PETICIÓN DE RETROACCIÓN** al momento procesal de admisión de la demanda; y, en defecto de las anteriores peticiones, la **SUSPENSIÓN DURANTE 2 AÑOS DEL LANZAMIENTO** conforme al Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (LA LEY 19145/2012), en virtud de las siguientes

### ALEGACIONES

**PRIMERO. Emergencia y alarma social**

Constituye un hecho manifiesto y notorio que el presente procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentra inmerso en el actual contexto de «emergencia social» que han causado las más de 400.000 ejecuciones hipotecarias realizadas en España desde 2007, siendo el resultado de una perseverante mala praxis por las entidades financieras, al encontrarse amparadas por la actual regulación de los procedimientos de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al vulnerar la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de

1993 (LA LEY 4573/1993), sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Ley 7/1998, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación.

Esta situación de emergencia social no solamente ha sido reconocida por la Asociación Española de Banca (AEB), en su comunicado de prensa del pasado 12 de noviembre de 2012, haciéndose eco de la *«alarma social generada por los desahucios hipotecarios»*, sino que incluso ha motivado por la vía de urgencia, la publicación por el Gobierno de España del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (LA LEY 19145/2012), de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

El 7 de noviembre de 2012, en la inauguración en Barcelona de las XXII Jornadas de Jueces Decanos de España, el vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Fernando *de Rosa* ha propuesto reformar la Ley Hipotecaria porque está creando numerosas «disfunciones» que provocan un aumento de los desahucios.

## **SEGUNDO. Vulneración sistemática de los derechos humanos y la Constitución Española: el derecho a una vivienda digna y adecuada**

Las Plataformas de Afectados por la Hipoteca y diferentes entidades de la sociedad civil han denunciado reiteradamente que los procedimientos de ejecución hipotecaria masivos constituyen una reiterada violación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (LA LEY 22/1948), adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

Es competencia del juzgador el interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución Española (CE) reconoce, de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (LA LEY 22/1948), y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hayan sido ratificados por España (art. 10.2 CE (LA LEY 2500/1978)).

La vulneración del derecho a la **«tutela efectiva»** de los jueces y tribunales en las masivas ejecuciones hipotecarias promovidas por las entidades bancarias constituye una violación del art. 24 CE (LA LEY 2500/1978); como del derecho constitucional a disfrutar de una **«vivienda digna y adecuada»** (art. 47 CE (LA LEY 2500/1978)).

## **TERCERO. Normativa sobre consumidores**

La hipoteca constituida, y que actualmente se ejecuta, fue otorgada a mi representado como persona física para la adquisición de una vivienda, por lo que goza de la condición de «consumidor», de conformidad con el art. 3 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 (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias (TRLGDCU 1/2007).

De la lectura del art. 51 en relación con el art. 53.3, ambos de la CE, cabe concluir que la defensa de los consumidores y usuarios es un principio general informador del ordenamiento jurídico en un doble ámbito: por una parte, obligando al legislador a adoptar las medidas normativas precisas y, por otra, atribuyendo a los órganos encargados de su aplicación, el deber de interpretar las normas en un sentido favorable a los legítimos intereses de los consumidores.

El referido principio se ve reforzado cuando los derechos del consumidor recaen directamente en un bien o servicio de uso común, ordinario y generalizado, como son los préstamos con garantía hipotecaria, e incluso reforzado, cuando la garantía recae sobre la vivienda familiar del consumidor. La defensa de los consumidores y usuarios constituye uno de los pilares básicos que sostienen nuestro Estado de Derecho. De ahí que la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 (LA LEY 1969-TC/1992), de 28 de septiembre (en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1993 (LA LEY 2186-TC/1993) y 177/1993 (LA LEY 2237-TC/1993)), venga a declarar que *«[...] significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría ser siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real o efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y, con ella, la justicia»*.

Sin que pueda perderse de vista que, tal como se indicó en la STC 12/1994 (LA LEY 2458-TC/1994), de 17 de enero, FJ 6, nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos.

## **CUARTO. Cláusulas abusivas: cláusulas suelo y techo**

I. Las frecuentes situaciones de desamparo del consumidor y la necesidad de recibir una protección complementaria por parte de otros operadores jurídicos ya fue puesta de manifiesto en el año 1993 por el profesor *Albiez Dohrmann*, al manifestar que: *«El art. 51 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) obliga claramente al Registrador a proteger a quienes tienen una posición contractual débil. Pero no sólo el mandato*

constitucional genérico contenido en este precepto obliga al Registrador a ejercer un control para una mayor protección de los consumidores, sino que los propios principios hipotecarios, como son los de especialidad y de legalidad, constituyen instrumentos jurídicos eficaces para combatir las cláusulas perjudiciales» (Albiez Dohrmann, Klaus Jochen, «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXIX, Septiembre-Octubre 1993, Núm. 618, Madrid, pp. 1425 y 1426).

A este respecto, el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

II. Desde el nacimiento del Euribor (*Euro Interbank Offerend Rate*) en el año 2000, la evolución histórica del valor del **Euribor a 1 año** nunca ha superado el **5,393 por ciento** (alcanzado en julio de 2008), y en la actualidad se encuentra en valores mínimos con el **0,588 por ciento** (noviembre de 2012).

Por otra parte, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (LA LEY 11690/2012), establece en su Disposición Adicional 13.<sup>a</sup> que «De conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio (LA LEY 1563/1984), sobre modificación del tipo de **interés legal del dinero**, éste queda establecido en el **4 por ciento** hasta el 31 de diciembre del año 2012».

No obstante, ante un contexto económico donde el Euribor está situado en valores mínimos del 0,602 por ciento y el interés legal del dinero en el 4 por ciento para el año 2012, la iniciativa de la entidad financiera [...], en la escritura de préstamo hipotecario con número de protocolo [...], y otorgada ante el Notario [...] el [...] de [...] de [...] (fecha de otorgamiento), al establecer en [...] (cláusula o epígrafe núm.) que: **«El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20,00 por ciento ni inferior al 3,95 por ciento nominal anual» (núm. de folio de la escritura [...]).**

Por otra parte, la [...] (cláusula o epígrafe núm.) dispone: **«El retraso por parte del CLIENTE en la realización de cualquiera de los pagos a efectuar, dará lugar al pago de intereses de demora en favor del prestamista, calculados día a día, que se liquidarán al tipo de interés fijado en la cláusula TERCERA anterior, incrementado en seis puntos». Lo cual daría una horquilla comprendida entre los 9,95 por ciento y los 26,00 por ciento de intereses de demora.**

Si el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar la existencia de un posible desequilibrio entre las partes.

4 por ciento (interés legal del dinero año 2012) (2) x 2,5 = **10 por ciento**.

III. Entrando en el fondo del asunto, invocamos la **conurrencia de una genuina condición general de la contratación**, a tenor del art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), de Condiciones Generales de la Contratación, que define éstas como «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas [...]». Además, el citado art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), no exige que tal incorporación sea masiva para que pueda conceptuarse como una condición general de la contratación de aplicación de la LGDCU.

Respecto a la falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, resulta no sólo de la notoriedad general que exime a quien alega la circunstancia de la carga de su acreditación conforme al art. 281.4 de la LEC (LA LEY 58/2000), sino de los propios términos de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo art. 5 contempla la emisión por la entidad bancaria de una oferta vinculante, y cuyo art. 7 concede al prestatario la facultad de examen durante tres días del proyecto de escritura, lo que revela sin lugar a dudas que la redacción de este recae sobre la entidad, sin posibilidad alguna de negociación de las cláusulas contenidas en el mismo.

Finalmente, el **Tribunal Supremo** (entre otras en las **Sentencias de 4 de noviembre** y de **29 de diciembre de 2010**) ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras.

IV. En lo relativo a la posible formulación de un **elemento esencial del contrato**, como es el precio, debe señalarse que las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre y de 29 de diciembre de 2010 expresaban que **«la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (rec. C-484/2008) ha resuelto, en la interpretación del art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (LA LEY 4573/1993), que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida».**

Y, más recientemente, la **Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012** (rec. C-453/2010) declara en su párrafo 30 que *«En este contexto, los órganos jurisdiccionales que comprueben el carácter abusivo de las cláusulas contractuales están obligadas, en virtud de dicho art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, por un lado, a extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no esté vinculado por dichas cláusulas (véase la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartados 58 y 59, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76/10 (LA LEY 203265/2010), Rec. p. I-0000, apartado 62) y, por otro, a determinar si el contrato puede subsistir sin tales cláusulas abusivas (véase el auto Pohotovost, antes citado, apartado 61)».*

Finalmente, la STJUE de 15 de marzo de 2012 concluye en el apartado 1) de su fallo que *«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, dicha Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor».*

V. Respecto a la existencia de **desproporción** entre las posiciones contractuales de las partes en torno a la evolución del índice referencial. La vigente Ley de Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 11922/2007), dispone en su art. 82.1 que: *«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes [...]».* Añadiéndose en el apartado tercero del precepto que *«en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive [...] determinen la falta de reciprocidad en el contrato».*

La **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Salamanca, de 11 de marzo de 2011**, dispone en su fundamento jurídico sexto, párrafo sexto, que *«De hecho, en las condiciones en las que han sido convenidos los contratos de préstamo hipotecario afectados por la cláusula denunciada, con un precio medio de vivienda próximo a los 200.000 € y una duración media del préstamo de entre 20 y 30 años, una hipótesis de evolución alcista del Euribor más allá del 12% no puede sino considerarse ajena a la realidad, y ello por razón de la imposibilidad de absorción por el mercado, en la medida en que buena parte de los prestatarios, habitualmente endeudados por la adquisición de vivienda en una proporción irracional de sus ingresos, carecerían de capacidad económica para hacer frente a tales cuotas, y las entidades de crédito verían más que reducida su principal fuente de ingresos, centrada en la venta de productos financieros y en particular de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, y seriamente amenazada su cuenta de resultados».*

#### **QUINTA. Cuestión prejudicial ante el TJUE**

Ante las dudas jurídicas surgidas, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, a través del Auto de 19 de julio de 2011, ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una cuestión prejudicial, a fin de que valore si el sistema de ejecución hipotecario español respeta los parámetros mínimos que exige la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y que ha dado origen al **Asunto C-415/11 Mohamed Aziz contra Caixa d Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)**.

La cuestión anterior ha motivado las Conclusiones de la Abogada General Sra. Julianne Kokott presentadas el 8 de noviembre de 2012, la cual entiende que el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, plantea ante el TJUE si *«[...] el art. 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos 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» (párrafo 30).*

Así como *«A 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 podrán entender abusivos [...]» (párrafo 30).*

Para la Abogada General: *«Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el art. 6, apartado 1, de la **Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor**. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa» (párrafo 40), y «[...] 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. Así, a la luz de estos principios, **el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar incluso de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual** incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional» (parágrafos 41 y 42).

En el caso que nos ocupa, el art. 698 de la LEC (LA LEY 58/2000) no sólo excluye que en el procedimiento ejecutivo se oponga el carácter abusivo de las cláusulas, sino en general todo motivo de oposición que se refiera a la nulidad del título (parágrafo 45). El procedimiento simplificado de ejecución hipotecaria español sólo contempla posibilidades muy restringidas para la protección del deudor. Con escasas excepciones que, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, no concurren en el caso de autos (parágrafo 47).

De este modo, el «consumidor sólo está protegido jurídicamente a posteriori por la indemnización de daños y perjuicios y debe, como ocurrió en el litigio principal, soportar la pérdida de su vivienda» (parágrafo 50).

Por todo ello, en sus conclusiones la Abogada General Julianne Kokott propone al TJUE que resuelva de la siguiente manera: «**Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993)** del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, **cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva** para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa» (parágrafo 97).

«[...] **En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el interés de demora**» (parágrafo 97 *in fine*).

#### **SEXTA. Dación en pago. Suspensión del procedimiento por pendencia de la STJUE; o nulidad y retroacción de las actuaciones o suspensión durante 2 años del lanzamiento conforme al RD-Ley 27/2012, de 15 de noviembre (LA LEY 19145/2012)**

En virtud de lo anteriormente expuesto, y mientras tenga su reflejo legal expreso, dado el perjuicio irreparable que puede ocasionarse al ejecutado, se admita a través de este procedimiento el ofrecimiento de mi representado de una «**dación en pago**»; o bien, **que el procedimiento quede suspendido por pendencia de la STJUE**; o bien, que SS.<sup>a</sup> admita de oficio la nulidad de las presentes actuaciones, retrotraerlas a la admisión de la demanda, para **apreciar si existen o no cláusulas abusivas y darme la posibilidad de poder plantear una oposición y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios**; o, finalmente, al amparo del art. 1 y la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (LA LEY 19145/2012), de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, **acordar durante 2 años la suspensión del lanzamiento**, por los motivos que se fundamentan a continuación:

##### 1. Dación en pago por aplicación del código de buenas prácticas

El Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo (LA LEY 4108/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, contempla en su art. 5 la sujeción al «Código de Buenas Prácticas» el cual se encuentra incorporado como Anexo en el citado Real Decreto. En dicho Anexo se contempla en el epígrafe 3 y como medida alternativa, la «**dación en pago**» de la vivienda habitual.

##### 2. Suspensión del procedimiento por pendencia de la STJUE

Dado el amplio consenso jurídico existente con las conclusiones de la Abogada General, Julianne Kokott del TJUE, y una inminente Sentencia del TJUE en un plazo estimado de 3 meses, se hace absolutamente necesaria la suspensión de las presentes actuaciones, en aras a evitar, como preventivo de la cosa juzgada, la promoción de otro procedimiento entre las mismas partes, con el mismo objeto o proceder y susceptible en su caso de una declaración de nulidad de las presentes actuaciones, por lo que procede paralizar el procedimiento en aplicación del principio de economía procesal, en aras a evitar la tramitación simultánea de sendos procesos.

Señalamos en virtud de una reiterada jurisprudencia comunitaria, que la normativa reguladora de los procedimientos de ejecución hipotecaria es ilegal, inconstitucional y contraria al Derecho comunitario. Pero, aún en el caso de que se considerara que dicha cuestión prejudicial tratara una cuestión novedosa que hiciera preciso el pronunciamiento por parte del TJUE, debería decretarse igualmente la suspensión inmediata del presente procedimiento. Nos basamos para dicha formulación, en un caso similar planteado por la entidad bancaria BBVA, al solicitar y obtener la suspensión de un procedimiento *inaudita parte*, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al estimarse por el Auto del TC de 25 de febrero de 2011.

De igual modo, SS.<sup>a</sup> tiene la potestad para decretar la suspensión del procedimiento hasta tanto no se pronuncie el TJUE, sobre la adecuación a la normativa comunitaria del procedimiento de ejecución hipotecaria, teniendo en consideración que afecta a derechos humanos esenciales reconocidos por la CE como el derecho a la vivienda, y el derecho a la vida como han mostrado lamentablemente los últimos acontecimientos de ejecuciones hipotecarias, al poner en peligro el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrados como derechos fundamentales en el art. 15 de la CE (LA LEY 2500/1978).

### 3. Por prejudicialidad civil

Se interesa asimismo, que se proceda a la suspensión del presente procedimiento de conformidad con el art. 43.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), al disponer: *«cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial»*.

En este orden de cosas, sobre el objeto del presente litigio está pendiente la resolución de la Petición (hecho cuarto) de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, por Auto de 19 de julio de 2011, *Asunto C-415/11 Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, suspensión que debería mantenerse hasta la finalización del proceso sobre el que recae la cuestión prejudicial, en tanto, la decisión del TJUE constituye la base jurídica necesaria para resolver el presente procedimiento, atendiendo a la seguridad jurídica y evitando pronunciamientos contradictorios.

En el presente caso, la petición sobre suspensión se solicita por este compareciente, motivo por el que se solicita de ese Juzgado, se dé traslado de la misma a la contraparte, al objeto que en el plazo que le sea concedido al efecto, pueda en su caso prestar el consentimiento necesario al que se refiere el citado art. 43.1 de la LEC (LA LEY 58/2000).

### 4. Nulidad y retroacción de las actuaciones

Para no reiterar los argumentos anteriormente expuestos en la Alegación Quinta, nos limitaremos a subrayar que para la Abogada General: *«Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa»* (parágrafo 40), y *«[...] 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. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar incluso de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional»* (parágrafos 41 y 42).

Debiendo SS.<sup>a</sup> admitir de oficio la nulidad de las presentes actuaciones, retrotraerlas a la admisión de la demanda, para **apreciar si existen o no cláusulas abusivas y darme la posibilidad de poder plantear una oposición y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios** contra [...].

### **SÉPTIMA. Planteamiento subsidiario de la cuestión incidental**

Por medio del presente escrito manifiesto que me siento en grave indefensión, sin posibilidad de hacer efectivo mi derecho a la defensa ante las graves contradicciones procesales, en criterio compartido con la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, organismos defensores de los derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil, organismos de defensa de los derechos humanos, y la Abogada General Julianne Kokott del TJUE.

Siendo estas las razones por las cuales le solicito que en caso de no apreciar la suspensión por los motivos descritos anteriormente, considere ese Juzgado, de manera subsidiaria, el proceder de oficio al **planteamiento** de una **«cuestión prejudicial»** al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en los mismos términos que la presentada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Asunto C-415/11), ante el TJUE, antes de quedar los autos conclusos para dictar la correspondiente resolución judicial, dando traslado a las partes para que alegaren lo que su derecho les conviniera sobre plantear dicha cuestión, en base a la jurisprudencia comunitaria antes descrita, y toda vez, que ya han sido reiteradamente reconocido por nuestros propios tribunales, la obligación de poder declarar de oficio en cualquier procedimiento la existencia de cláusulas abusivas, así como, sobre la necesidad de que los ciudadanos ejecutados en los procedimientos hipotecarios, puedan plantear la existencia de cláusulas abusivas como motivo de oposición, y sin tener que remitirse a un procedimiento declarativo posterior.

Finalmente, en virtud de la jurisprudencia comunitaria sobre el examen de oficio por el tribunal de las cláusulas abusivas, en el resto de procedimientos de ejecución hipotecaria que se tramitan en este Juzgado, SS.<sup>a</sup> de oficio también puede plantear esta cuestión.

Por todo ello,

**SOLICITO AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito y por realizadas las manifestaciones en él contenidas, acordando un pronunciamiento sobre la **DACIÓN EN PAGO**; subsidiariamente para el caso de no estimarse, la **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PENDENCIA DE LA STJUE** o hasta que se verifique la modificación de la Ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas; en su defecto, la **DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS ACTUACIONES Y LA PETICIÓN DE RETROACCIÓN** al momento procesal de admisión de la demanda; o por último, la **SUSPENSIÓN DURANTE 2 AÑOS DEL LANZAMIENTO** conforme al Real Decreto-ley 27/2012 (LA LEY 19145/2012),

**OTROSÍ DIGO:** Que dado que la presente petición se formula amparándose en el incumplimiento del Estado español de una Directiva comunitaria, que en modo alguno se me pueda imputar, que en tanto en cuanto se mantengan las causas de suspensión, ello no me suponga mayores perjuicios derivados de la continuidad en el devengo de los intereses moratorios.

Por ello, nuevamente,

**SOLICITO:** Que se tenga por hechas las manifestaciones anteriores, a los efectos oportunos y acuerde de conformidad.

Por ser todo ello de justicia,

En [...] (*localidad*), a [...] de [...] de 2012.

[...] (*Nombre y apellidos*)

[...] (*Nombre y apellidos*)

Abogado colegiado núm. [...]

Procurador/a

- (1) Vid. Auto de 19 de julio de 2011, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el mismo sentido, la cuestión prejudicial planteada por el Auto de 15 de noviembre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1, de Catarroja (Valencia).
- (2) Deberá reemplazarse el interés legal del dinero consignado por el que se fije para el año 2013 en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para año 2013, aún no publicada a la fecha de terminación del presente trabajo.