

Don José Enrique Pérez Palací, colegiado N. 2453 del Ilustre Colegio de Abogados de Girona, según acredito mediante designa de oficio a mi favor (Documento que se acompaña y señala como N. 1), en nombre y representación letrada del señor _____; y por otra parte, Doña Irene Tena Haro Procuradora de los Tribunales de la señora _____, según designa de oficio (Documento que se acompaña y señala como N. 2), ante ese juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho,

DICE

Que, en primer lugar, **SE SOLICITA LA DESIGNACIÓN DE PROCURADOR DE OFICIO** para la representación procesal del señor _____, y dado que ha sido designada para la señora _____ la Procuradora Doña Irene Tena Haro, que se designe a la misma, en tanto no consta en las actuaciones que se haya procedido a dicha designación.

Que presentado escrito por mi mandante se formo incidente de nulidad de actuaciones dentro del procedimiento de Ejecución Hipotecaria N. 1027/09, fue admitido a trámite frente a la mercantil Caja de Ahorros del Mediterráneo.

Que visionadas y fotocopiadas la actuaciones (no hallándose las mismas foliadas) no consta se haya ejecutado el lanzamiento, por lo que es de aplicación cuanto dispuesto y ordenado por la Disposición transitoria primera de la Ley 1/13, publicada en el BOE en fecha 15 de mayo de 2013, por lo que en virtud de cuanto dispone la Disposición transitoria cuarta en su apartado tercero "*Asimismo, en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de esta Ley, ya se haya iniciado el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán del mismo plazo preclusivo de un mes previsto en el apartado anterior para formular oposición basada en la existencia de*

cualesquiera causas de oposición previstas en los artículos 557 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."; asimismo, y en virtud de cuanto dispone la disposición final cuarta la señalada Ley entrará en vigor el día de su publicación, a saber, el día 15 de mayo de 2013, por lo que el presente escrito se presenta en tiempo y forma en virtud de cuanto dispone el Artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la fecha fine el día 18 de junio hasta las 15:00 horas, puesto que, según cuanto recogido en el Artículo 5 del Código Civil, al estar excluido el día 15 de junio al ser inhábil.

Por tanto **INSTO** en plazo y forma **INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN POR EXISTENCIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS TÍTULOS EN QUE SE FUNDA LA EJECUCIÓN**, con suspensión del curso del proceso hasta la resolución del presente incidente que fundamento en los siguientes, si bien **con carácter previo**.

CUESTIÓN PREVIA

N u l i d a d s o b r e v e n i d a d e l p r o c e d i m i e n t o d e e j e c u c i ó n

El Artículo 39 de la CE, en relación con su Artículo 47 eleva a principio rector de la política social y económica la protección social, económica y jurídica de la familia, así como el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, por otra parte, los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento, prevaleciendo el comunitario sobre el nacional, por lo que en virtud de cuanto dispuesto por el Artículo 22 y 564 de la LEC en conexión con el Artículo 225, 1º del mismo cuerpo legal, a la luz de la Ley 1/2013 y la Directiva 93/13/CEE; y a pesar de que nuestro ordenamiento procesal se rige por el principio de conservación y subsanación esta parte en defensa de los intereses de mi mandante solicita la nulidad de cuanto actuado siendo como es que el Tribunal estuvo sujeto en todo momento a la norma procesal nacional, de obligado

cumplimiento (Artículo 117 de la CE), cambiando desde el dictado de la Sentencia del Tribunal Europeo (TJUE) de 14 de mayo de 2013 la misma norma procesal (Artículo 1 de la LEC), y ello en cuanto que por la jurisprudencia del TJUE tiene fuerza ejecutiva (artículo 280 del Tratado de Funcionamiento de la UE, en relación con el artículo 299) estando sujeto el Juez nacional al derecho comunitario y a la jurisprudencia comunitaria que prevalece sobre el derecho español, resultando, por consiguiente, desde el dictado de la precitada STJUE y al no constar en la Escritura de préstamo hipotecario el vencimiento anticipado de los tres meses de la Ley 1/2013, que el título ejecutivo aportado junto con la demanda de Ejecución Hipotecaria incumple los requisitos de admisibilidad procesal previstos por el Artículo 693.2 de la LEC sin que pueda ignorarse cuanto recogido en el Artículo 11.7 del Código Civil, en conexión sistemática con la Directiva 93/13/CEE, los artículos 9.3, 24 y 117.3 de la CE, y es que ante la carencia de los presupuestos procesales de admisibilidad necesarios legalmente, de orden público y rango constitucional debe procederse a declarar la nulidad total e insubsanable de todo el proceso, y ello al adolecer la demanda de fundamento legal de sustento, desde la vigencia de la Ley 1/2013 viciando el proceso radicalmente, al sobrevenir defecto radical en la demanda y no estar amparada de los requisitos procesales exigibles.

Y cuanto dicho conforme al principio vigente en toda la Unión Europea que reza *nemo auditur qui turpitudinem suam allegans*, o de que nadie puede sacar ventaja ninguna de su propio incumplimiento de cualquier deber jurídico, a saber, no cumplir con una carga procesal de legalidad esencial.

En conclusión, este proceso sumario ya no se ajusta a la claridad legal actual, dado que no concurre ya tal esencial presupuesto o requisito procesal exigidos por los Artículos 550, 551 y 693.2 de la LEC vigentes, incluyendo el *prius* de competencia judicial.

Por todo ello,

SUPlico AL JUZGADO Que tenga por interpuesto este escrito junto con sus copias y documentos, lo admita y, en atención a lo en él expuesto, acuerde la improcedencia actual de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la Caja de Ahorros del Mediterráneo contra el señor Mohamadou Sawaney y declare la **NULIDAD SOBREVENIDA DEL PROCESO SEGUIDO CONTRA MI MANDANTE, Y EN SU CONSECUENCIA EL ARCHIVO INMEDIATO DEL PROCEDIMIENTO** de Ejecución Hipotecaria con N. 1027/09, seguido ante el Juzgado de primera Instancia N. 6 de Girona;

Que, *SUBSIDIARIAMENTE*, INSTO en plazo y forma INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN POR EXISTENCIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS TÍTULOS EN QUE SE FUNDA LA EJECUCIÓN, con suspensión del curso del proceso hasta la resolución del presente incidente que fundamento en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO. Que mi mandante y la entidad acreedora y hoy ejecutante suscribieron préstamo hipotecario en fecha 21 de febrero de 2007, ante el Notario Doña María Victoria Pérez y Pérez del Ilustre Colegio de Cataluña y con sede notarial en Girona, el cual causó el protocolo N. 505.

SEGUNDO. Que el precitado préstamo hipotecario se estipuló la concesión de la cantidad de 197.746,75 € a mi mandante y a la señora Salimatou Sawaneh en concepto de préstamo hipotecario; que al folio 9D2136621, en la cláusula Segunda dice que el plazo de amortización es de 456 meses;

TERCERO. Que al folio 9D2136627, Cláusula Sexta se dice que los intereses de demora devengarán desde el vencimiento a favor de la Caja el interés de demora del veinticinco por ciento (25,00 %) anual;

CUARTO. Que al folio 9D2136627 reverso, en la cláusula Sexta bis se acuerda que la Caja podrá declarar vencida la obligación, entre otras causas (folio 9D2136628) por la falta de pago a su vencimiento (punto 1.-) de un recibo de intereses, en período de carencia, o bien (punto 2.-) la falta de pago de una cuota comprensiva de capital e intereses;

QUINTO. Que al folio 9D2136633 reverso se acordó (cláusula undécima punto e)) que los intereses por el capital no amortizado que estén vencidos y no se hayan satisfecho a la fecha de la demanda, así como los que devengue la cantidad total objeto de reclamación principal por ambos conceptos desde dicha fecha hasta el día que el pago se realice, serán reclamables en el proceso judicial al tipo de demora del veinticinco por ciento (25,00 %) anual.

SEXTO. Que al folio 9D2136634 se acordó (cláusula undécima punto f)) la liquidación unilateral.

SÉPTIMO. Que mi mandante tiene la condición de consumidor y usuario.

OCTAVO. Que el contrato de préstamo debe considerarse como un contrato de adhesión en el que la entidad financiera - como predisponente - no da margen de negociación a la contraparte.

NOVENO. VALORACIÓN DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia Europea, y para la valoración de oficio de las cláusulas abusivas, el juez ha de acordar de oficio diligencias de prueba, como se dijo en la STJUE de 9 noviembre de 2010 (C-137/2008) Caso VB Pénzügyi Lízing, pero siempre respetando el principio de contradicción, como estableció la Sentencia del TJUE de 21 de febrero del 2013 (caso Banif Plus Bank Zrt) que "*obliga, con carácter*

general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales"; declara, asimismo, que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencia de esa comprobación, a esperar que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración para la cual solicite que se anule dicha cláusula.

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)".

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-89/08P, 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 nada de ello ha ocurrido, aun cuando la STJUE de 17 de diciembre de 2009 (Asunto C-227/08: Eva Martín Martín contra EDP Editores, SL), complementando las consideraciones de la STJUE de 4 de junio de 2009 acordó en su apartado 36 que "el artículo 4 de la Directiva no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya

invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales competentes"; y ello, como mecanismo de protección del consumidor, frente a la posición de superioridad que ostenta en la negociación el profesional bancario, y pese a que no fuere invocada por el consumidor; así el Juzgado, no comprobó en el acto previo a la incoación del procedimiento de Ejecución Hipotecaria si alguna de las cláusulas de las reseñadas en el título (préstamo hipotecario) objeto de ejecución presentaba un carácter abusivo, sino que se ha ido limitando a conceder mecánicamente cuanto iba peticionando la Caja de Ahorros del Mediterráneo.

En el momento que nos hallamos el objeto de los presentes autos debe extenderse a cuantas cuestiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse el TJUE, en conexión con cuanto dispuesto por la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de la misma realiza la STJUE de 14 de junio de 2012, y que declara que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que la misma no produzca efectos vinculantes ex nunc para el consumidor.

Es destacable, por tanto, la necesidad, de acuerdo con la doctrina del TJUE, de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario, de modo que si se aprecia después de la admisión de la demanda, **es preceptiva la audiencia de cinco días**, como establece la Ley, y se tiene que advertir cuál es la cláusula controvertida y en que medida puede afectar a la ejecución, con la posibilidad de acordar prueba y **solicitar vista**; todo ello, sin perjuicio a permitir alegar, como causa de oposición, la abusividad de una cláusula. Y para el caso de que haya precluído este trámite, se tiene que habilitar el plazo de un mes legal para formular oposición. Una vez transcurrido dicho plazo, el juez de oficio puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula escuchando al ejecutante si no se hubiera manifestado sobre la cuestión.

Por cuanto dicho, lo dispuesto por la Disposición transitoria cuarta en su apartado tercero en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, publicada en el BOE en fecha 15 de mayo de 2013, es contrario a la jurisprudencia europea, y en concreto a cuanto acordado y considerado en el Asunto C-473/00, en los apartados 34 a 36 y 38 y el fallo, a saber:

"Apartado 34. De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos.

Apartado 35. Por lo tanto, resulta que, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva. En efecto, para privar a los consumidores de dicha protección, a los profesionales les basta esperar a que haya expirado el plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de las cláusulas abusivas que siguen utilizando en los contratos.

Apartado 36. Por consiguiente, debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos sean demandados."

"Apartado 38. En estas circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato."

Fallo: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato."

Por cuanto dicho esta parte SOLICITA de ese órgano judicial que plantee CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD de la Disposición Transitoria Cuarta apartado segundo, tercero y cuarto de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada en el BOE N. 116 en fecha 15 de mayo de 2013, y en particular siendo reiterada jurisprudencia [entre otras, SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 219/1999, de 29 de noviembre y 65/2000, de 13 de marzo] la que estima que los actos de comunicación no constituyen meros aspectos formales del proceso, sino que son el soporte instrumental básico de la existencia de un juicio contradictorio y sin ellos, las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones. De ahí que los órganos judiciales posean la obligación de asegurar que sus comunicaciones lleguen a conocimiento real de los destinatarios, o en su defecto, a cualesquiera otros que la Ley autorice,

evitando de esta manera acudir a la comunicación por edictos salvo en aquellos casos en que tras las oportunas averiguaciones, no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero. Y siempre con el fin de evitar que una incorrecta constitución de la relación jurídica procesal pueda ser causa de indefensión lesiva del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva; y **SUBSIDIARIAMENTE**, **CUESTIÓN PREJUDICIAL** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con las siguientes **PREGUNTAS**: **1) Si la preclusión establecida en la Disposición Transitoria Cuarta apartado segundo y tercero de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada en el BOE N. 116 en fecha 15 de mayo de 2013 no sería una limitación clara a la tutela judicial efectiva del consumidor por cuanto el reducido plazo preclusivo de un mes, sin notificación personal al ejecutado, supone una clara y formal obstaculización para el consumidor al ejercicio de sus acciones o recursos procesales que garanticen una tutela judicial efectiva de los derechos.** **2) Si cuanto dispuesto por el apartado cuarto vulnera la tutela judicial efectiva de la parte ejecutada en cuanto que la precitada Ley dispone que la publicidad de la misma en el BOE tiene carácter de notificación y cómputo de plazos.**

DÉCIMO. CLÁUSULAS ABUSIVAS

- Concepto de cláusula abusiva.

Debe de apreciarse la abusividad de una cláusula contractual cuando se dé un desequilibrio importante entre los contratantes en relación con la situación jurídico material en que se halle el consumidor a la vista de los medios de los que dispone atendiendo a las exigencias de la buena fe y tras comprobar si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa al consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual y paritaria, concepto recogido en el artículo 3.1 y 3.2

de la Directiva 93/13/CEE ("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." Artículo 3.2 "Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor"), y así:

A.- INTERÉS DE DEMORA: Que al **folio 9D2136627, Cláusula Sexta** se dice que los intereses de demora devengarán desde el vencimiento a favor de la Caja el interés de demora del **veinticinco por ciento (25,00 %) anual**.

En el caso que nos atañe la finalidad del interés de demora no es fijar un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, sino que rebasa ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Si, por consiguiente, 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, cabe, como en el presente caso, calificarlo de abusivo al ser claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo; y es que analizadas las normas aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo 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 y tras el debate legislativo y judicial abierto tras la STJUE de 14 de marzo de 2013 se ha considerado que un interés superior en 2 ó 3 puntos el del interés legal es abusivo, siendo lo cierto y verdad que el objetivo de mantener una ética de pago difícilmente justificaría un interés como el impuesto a mi mandate del 25,00 %.

B.- VENCIMIENTO ANTICIPADO: **Folio 9D2136627 reverso**, en la **cláusula Sexta bis** se acuerda que la Caja podrá declarar vencida la obligación,

entre otras causas (**folio 9D2136628**) por **la falta de pago a su vencimiento (punto 1.-) de un recibo de intereses, en período de carencia,** o bien **(punto 2.-) la falta de pago de una cuota comprensiva de capital e intereses.**

Al pretender la adversa el vencimiento anticipado de la suma de total en un contrato que se caracteriza por su larga duración, en concreto, 456 meses (38 años) por incumplimientos del deudor en un período limitado, como en el caso 7 cuotas (un 1,535 % del 100%, ¿barbaridad?), y es que la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

Pues bien, el precipitar desde un marco de poder inicial el vencimiento anticipado obviando, por un lado, la duración del préstamo (456) y el número de cuotas impagadas (7); y por otro lado, la cuantía del mismo y la cuantía impagada [197.746,75 € (100,00 %) frente a 7.875.88 € (3,982 %)], es grave, pero no para la entidad ejecutante (caja de ahorros), y ello habida cuenta de la inferioridad del consumidor en esa relación obligacional en que no hay un equilibrio real ni una negociación individual, sino una imposición por parte del profesional bancario del contrato de préstamo hipotecario, al igual que sucede en los contratos de adhesión.

La cláusula antedicha de vencimiento anticipado causa - en detrimento del consumidor - un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, debiendo ser - ante la falta de previsión legal - apreciada de oficio, la cláusula referida, por el juzgador subsanando de ese modo el desequilibrio existente entre el profesional bancario y el consumidor, por lo que no cabe fijar un límite de tiempo a la facultad del Juez para que deje de cumplir con el deber de protección y la declaración de ilegalidad de las cláusulas abusivas, lo contrario atenta contra la efectividad de la protección que es objeto el consumidor en los

Artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, Artículo 6 que dice en su apartado primero: "*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*"

C.- INTERESES VENCIDOS. Que al **folio 9D2136633 reverso** se dice (**punto e**) que los intereses por el capital no amortizado que estén vencidos y no se hayan satisfecho a la fecha de la demanda, así como los que devengue la cantidad total objeto de reclamación principal por ambos conceptos desde dicha fecha hasta el día que el pago se realice, serán reclamables en el proceso judicial al tipo de demora del veinticinco por ciento (25,00 %) anual.

En el presente caso nos remitimos a cuanto ya dicho *ut infra* en el punto A.- Interés de demora.

D.- LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA IMPAGADA

Que al **folio 9D2136634 punto f**) se recoge la **cláusula de vencimiento anticipado**.

Su carácter abusivo dependerá de la apreciación por el juez de si la cláusula dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa a la vista de los medios procesales de los que disponga el consumidor.

Si se considera que la cláusula de vencimiento anticipado nula no cabe duda de que la liquidación efectuada sería incorrecta por cuanto no puede tenerse por exigible lo reclamado como capital pendiente de amortización, puesto que en toda relación obligatoria existe, como esquema fundamental, la correlación que se establece entre un derecho de crédito y una deuda. La deuda es un deber jurídico, que consiste en realizar a favor de otra persona un determinado

comportamiento que es la conducta de prestación, suponiendo una preexistencia de un deber, deber que consiste en la realización de la prestación en los términos y en las cantidades convenidas, y es que en esa situación de deuda radican no sólo deberes, sino derechos del deudor que deben ser protegidos por el juzgador, entre los cuales está el derecho del deudor a que le sea reclamada la cantidad adeudada, y no la cantidad adeudada más un exceso, plus peticionando el acreedor más de lo debido, por lo que como ya se ha advertido *ut supra* en la liquidación la entidad financiera ha aplicado los intereses moratorios a la cantidad debida como capital más la cantidad adeudada como interés remuneratorio, excediéndose en lo debido.

Por otro lado, cabe señalar que tanto el Notario otorgante como el Registrador de la Propiedad que inscribe la Escritura notarial de préstamo hipotecario en el deber genérico de control de la legalidad contenido en el artículo 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo publicada en el BOE N. 79 el 1 de abril de 2009, y con entrada en vigor al día siguiente de su publicación, artículo que dice: "*En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*", por lo que todo otorgamiento e inscripción registral de una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas abusivas debe devenir nula, no sólo desde la entrada en vigor de la precitada Ley, sino desde la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, debiendo adoptar los Estados miembros, según el Artículo 10.1 "[...] las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de

diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994."

Por todo lo expuesto *ut supra*,

SUPLICO AL JUZGADO Que, teniendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos, lo admita y, en atención a lo en él expuesto, acuerde:

1. El planteamiento de cuestión de constitucionalidad sobre la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva regulado en el artículo 24 CE, en los términos que se dicen en el cuerpo del presente escrito;

2. La elevación de cuestión prejudicial al TJUE, relativa a la vulneración de la STJUE de asunto COFIDIS sobre preclusión realizada por la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, en los términos que se dicen en el cuerpo del presente escrito.

3. La nulidad por abusivas las cláusulas incluidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria hipotecario en fecha 21 de febrero de 2007, suscrita ante el Notario Doña María Victoria Pérez y Pérez del Ilustre Colegio de Cataluña y con sede notarial en Girona, que causó el protocolo N. 505, referidas a:

- fijación de intereses de demora - **cláusula sexta** - que consta al **folio 9D2136627** de la señalada escritura pública de préstamo hipotecario;
- la del vencimiento anticipado por un solo incumplimiento - **cláusula sexta bis** - que consta al **Folio 9D2136627 reverso**, en la cláusula Sexta bis y que acuerda que la Caja podrá declarar vencida la obligación, entre otras

causas (folio 9D2136628) por la falta de pago a su vencimiento (punto 1.-) de un recibo de intereses, en período de carencia, o bien (punto 2.-) la falta de pago de una cuota comprensiva de capital e intereses;

– la de intereses vencidos que consta – **cláusula undécima punto e)** - al **folio 9D2136633 reverso** y que dice que los intereses por el capital no amortizado que estén vencidos y no se hayan satisfecho a la fecha de la demanda, así como los que devengue la cantidad total objeto de reclamación principal por ambos conceptos desde dicha fecha hasta el día que el pago se realice, serán reclamables en el proceso judicial al tipo de demora del veinticinco por ciento (25,00 %) anual;

– y la de liquidez que permitía la determinación unilateral por parte del prestamista de la cantidad exigible - **cláusula undécima punto f)** – y que consta al **folio 9D2136634;**

así como aquéllas que de oficio debe de acordar el Juez.

OTROSÍ LDIGO Que se interesa la celebración de vista.

SUPlico AL JUZGADO Que se tenga por hecha la anterior manifestación y se acuerde de conformidad.

OTROSÍ LDIGO Que se interesa como prueba documental a practicar en la vista que se solicita por esta parte:

- I. La aportación a los autos del Expediente bancario relativo a mi mandante y al préstamo hipotecario solicitado a l os efectos de probar que el señor y no fue informado debidamente y con la claridad y transparencia necesaria para que entendiera el contenido de las cláusulas de las que se solicita su nulidad.

- II.** Que en tanto que al folio **9D2136634** del préstamo hipotecario se dice que de la certificación de saldo expedida por la Caja será conforme con la contabilidad de la misma, esta parte solicita que se aporte con destino a los presentes autos la hora contable debidamente sellada por el Registro Mercantil u órgano competente donde conste la imputación del saldo resultante de la liquidación del préstamo hipotecario.
- III.** Que dado que la entidad acreedora tiene la obligación de comunicar el vencimiento del préstamo hipotecario y el importe deudor al Banco de España, que la Caja aporte con destino a los presentes autos la comunicación remitida por la misma a la Central de Riesgos del Banco de España.

SUPLICO AL JUZGADO Que se tenga por hecha la anterior manifestación y se acuerde de conformidad.

Es de justicia que respetuosamente pido en Girona, a 17 de junio de 2013.

Don José Enrique Pérez Palací
Colegiado N. 2453 del Ilustre Colegio de Abogados de Girona

Doña Irene Tena Haro
Procurador de los Tribunales