

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de BURGOS

0065T0

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA N° 10

-

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

N.I.G. 09219 41 1 2013 0100095

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000055 /2013

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de MIRANDA DE EBRO

Procedimiento de origen: EJECUCION HIPOTECARIA 0000041 /2013

Apelante:

Procurador: JUAN CARLOS YELA RUIZ

Abogado: MARIA JESUS DIAZ FERNANDEZ

Apelado

Procurador:

Abogado:

AUTO N° 100

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS. SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ

SIENDO PONENTE: DON JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA

SOBRE: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

LUGAR: BURGOS

FECHA: DIEZ DE ABRIL DE DOS MIL TRECE

En el Rollo de Apelación número 55 de 2013, dimanante de Ejecución Hipotecaria n° 41 de 2013, del Juzgado de 1ª Instancia n° UNO de Miranda

de Ebro, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 4 de Febrero de 2013, siendo parte, como demandante-apelante (entidad bancaria)....., representado en este Tribunal por el Procurador D. Juan Carlos Yela Ruiz y defendido por la Letrada Doña Maria Jesús Diaz Fernández y como demandado-apelado....

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se aceptan, sustancialmente, los antecedes de hecho de la resolución apelada, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: “Inadmitir el despacho de la ejecución interesado por la representación procesal deen su demanda de 15 de enero de 2013, frente a

SEGUNDO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de , se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a derecho.

TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 9 de Abril de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.- En el presente procedimiento de ejecución hipotecaria la resolución apelada acuerda: *“Inadmitir el despacho de la ejecución interesado por la representación procesal de en su demanda de 15 de enero de 2013, frente a*

Esta inadmisión se fundamenta en la aplicación de la STJCE de 14-06-2012 y en la consideración de que la cláusula 3-3 de la escritura de hipoteca objeto de litigio, que dice: *“Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50 %”*, se entiende por el juzgador de instancia como una cláusula-suelo abusiva y contraria a la Directiva 93/13/CEE de 5-04-1993.

Ciertamente, la materia planteada es de especial complejidad por la pluralidad de cuestiones procesales que suscita y por la pluralidad de factores que deben de ser tomados en consideración, tanto de orden legislativo: Ley Hipotecaria y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, como derivados de muy recientes resoluciones tanto del TJCE, como del Tribunal Supremo Español y que, incluso, no se habían dictado a la fecha en que se resolvió por el Juez “a quo”. Nos estamos refiriendo a la STJCE de 14-03-

2013, en el asunto C-415/11, y a la Sentencia del TS Español sobre las cláusulas-suelo, cuyo contenido se ha comunicado a la espera de la redacción definitiva.

Como punto de partida no podemos olvidar que el proceso en el que nos encontramos es un proceso de ejecución hipotecaria del art 681 y ss de la LECV y que, mas allá de consideraciones de “lege ferenda” o de consideraciones de política legislativa, al día de hoy establece unas normas muy específicas sobre los requisitos formales de la admisión a trámite de la demandada del proceso hipotecario. Así, estos requisitos vienen fijados en el art 682 LECV en relación con el art. 681 LECv y para el supuesto en el que, como es este caso, se persigan bienes especialmente hipotecados (art. 682 LECv). En el caso analizado, y vista la demanda y la documentación unida a la misma, no cabe duda de que la demanda rectora del presente proceso reúne lo requisitos formales de ejecutividad exigidos para el despacho de ejecución por el referido art 685 LECV; y, por lo tanto, no se aprecia motivo para no dictar el Auto del art 686 LECv y para dejar de realizar las notificaciones y requerimientos procedentes en la fase de admisión a trámite.

Por ello, no puede compartirse el criterio de la decisión apelada de no admitir el despacho de ejecución, pues, no solo se deja sin efectividad el propio proceso Hipotecario Español desde su inicio, quedando sin efecto preceptos vigentes que, en ningún caso, se consideran contrarios al Derecho Comunitario, puesto que la sentencia de TJCE de 14-III-2013 solo se refiere a los arts 695 LECV y 698 LECV del vigente sistema de ejecución hipotecaria en España, sino que se opta por una inadmisión de la demanda hipotecaria sin analizar la posibilidad que una mera suspensión provisional o cautelar del proceso hipotecario, que es lo único que posibilita la Jurisprudencia Comunitaria. Asimismo, no se plantea duda alguna, ni en la cuestión prejudicial, ni en la sentencia referida sobre las normas internas de admisión del proceso hipotecario. Incluso con la inadmisión operada en la resolución apelada, se eliminan derechos del propio deudor, como el de pago de la deuda o como el propio derecho de oposición del art 695 y 697 LECV.

Ello supone que el proceso ejecutivo-hipotecario debe de ser admitido a trámite, como ya ha entendido el Pleno Jurisdiccional de la A.P. de Madrid de 4-III-2012, en relación con el Juicio Monitorio.

En todo caso, es manifiesto, por lo que luego se dirá, que lo establecido por la doctrina comunitaria es la posibilidad de arbitrar mecanismos de paralización del proceso ya iniciado, pero no de inadmitir los procesos

hipotecarios regulados en el derecho interno (art. 681 ss LEcv), si se reúnen los requisitos formales de admisibilidad y despacho de ejecución. El reproche de la Jurisprudencia comunitaria al sistema hipotecario Español no se refiere a su inicio, ni a su fuerza ejecutiva, ni a su ejecutividad, sino a la ausencia de mecanismos para que se analicen las cláusulas contractuales de la hipoteca: bien por vía de oposición, bien por vía de un juicio declarativo, bien como medida de suspensión provisional o cautelar del proceso hipotecario Especial.

SEGUNDO.- La cuestión dubitada que se plantea es que en un análisis del contenido de la escritura hipotecaria, que fundamenta la demanda que nos ocupa podiera aparecer alguna cláusula, como la ya transcrita, u otras, que podiera suscitar dudas sobre su carácter abusivo o sobre su adecuación a la Directiva referida y a la STJCE de 14-06-2012 en relación con el concepto de desequilibrio importante o con la necesidad de *“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”*, como dice la reciente **STJCE de 14-03-2013**.

Para resolver esta cuestión problemática en el marco procesal que nos ocupa y que es la admisión a trámite de la demanda hipotecaria es preciso partir de las premisas iniciales que la referida Sentencia de 14-III- 2013 establece al analizar la cuestión prejudicial referida al sistema Hipotecario español y que se resumen en las siguientes consideraciones:

“44 Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (Sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 39).

45 Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia

Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada).

46 En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, apartados 42 y 43).

47 De este modo, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra un requerimiento judicial de pago, el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula (sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-10847, apartado 56)”.

Partiendo de estas premisas, cuando se centra la referida sentencia en el sistema Hipotecario español establece: **“49 Sin embargo, el asunto objeto del litigio principal se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas VB Pénzügyi Lízing y Banco Español de Crédito por el hecho de que trata de la determinación de las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria”.** Mas adelante la misma sentencia establece:

“52 En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas

nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 48).

53 En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49).

54 En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un 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- o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

55 Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, 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 correspondiente capítulo de dicha Ley.

59 Por consiguiente, procede declarar que 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).

63 En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad,

en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.”

Por lo que concluye que “A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 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”.

Es decir, la Justicia Comunitaria no tacha de contrario a la normativa comunitaria el proceso Hipotecario español en su integridad, ni en su concepción, ni considera que los requisitos de admisión a trámite establecidos en el derecho interno serán contrarios a las directivas comunitarias, sino que lo establecido es considerar:

- En primer lugar, la imposibilidad de oponerse a una ejecución hipotecaria basándose en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, al no estar establecida como una causa de oposición en el art. 695 LEC.

- Y, en segundo lugar, el hecho de que el sistema procesal español impide que el Juez, que conoce de un proceso declarativo sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, entre ellas, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Es decir, lo que se pretende por la Justicia Comunitaria es que ningún proceso hipotecario continúe sin que se haya valorado, al menos cautelarmente, la licitud de alguna de las cláusulas del contrato de hipoteca y propicia que haya un cauce procesal para tal análisis Judicial; lo que determina la aplicación del “principio de utilidad” y del “principio de efectividad”, lo que no debe de ser incompatible con la admisión de proceso hipotecario.

En definitiva, lo que achaca la Justicia Comunitaria a la normativa hipotecaria Española vigente es que en el proceso hipotecario no hay un cauce procesal para que el Juez examine las cláusulas hipotecarias, ni tampoco para que se pueda oponer su nulidad entre los motivos de oposición del art. 695 LECv; con lo que el declarativo posterior o simultáneo podría devenir ineficaz e inútil, sobre todo si la finca ya se subastó y/o se materializó el lanzamiento ejecutivo del deudor. Lo que la Justicia Comunitaria propugna es que se haga eficaz el “principio de efectividad” y que se pueda establecer un mecanismo para hacer cierto y real el principio denominado de la “intervención positiva ajena a las partes contratantes” por el Juez de la ejecución.

Todo ello lleva al TJCE a establecer que el sistema Español de ejecución hipotecaria contradice la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores, en cuanto no permite alegar, como causa de oposición a la ejecución, la existencia de una cláusula abusiva en el contrato que sirve como fundamento del título ejecutivo-hipotecario, ni permite que el Juez, que conoce del proceso declarativo sobre la abusividad o no de la cláusula, establezca unas medidas cautelares, como es la paralización de la ejecución. Ello supone que lo exigido al Juez Español es que supere la situación de impedir, al mismo tiempo, invocar en el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de una cláusula del préstamo y que en el juicio declarativo, donde se esté analizando en profundidad la cláusula, el juez no pueda adoptar como medida cautelar la paralización del procedimiento ejecutivo; lo que es contrario al Derecho Comunitario y en especial a la Directiva Comunitaria de Cláusulas Abusivas.

Llegados a este punto debe, pues, de considerarse que la normativa y Jurisprudencia comunitarias analizadas no llegan al extremo de entender que el Juez español pueda inadmitir al trámite una demanda de ejecución hipotecaria que reúne los requisitos formales de admisión y ejecutividad que establece el derecho interno; por lo que procede dejar sin efecto la inadmisión a trámite acordada en la resolución apelada, pues vendría a suponer la derogación indirecta del específico sistema de ejecución Hipotecaria establecido en el actual derecho vigente que ni es querido, ni es propuesto por la doctrina comunitaria analizada. En este sentido, procede recordar que la propia Jurisprudencia Comunitaria consagra el “principio de la autonomía procesal” de los Ordenamientos Jurídicos internos de cada uno de los Estados miembros, con el sólo límite de que “no se haga imposible en la práctica o de extrema dificultad el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento Jurídico de la Unión confiere a los consumidores”; en

lo que se llama principio de efectividad. (Sentencia Mostaza-Claro (24) Asturcom-Telecomunicaciones (38). Banco Español de Crédito de 14-06-2012).

Lo que se pretende en el ámbito procesal que nos ocupa por la jurisprudencia comunitaria es que en el derecho procesal español y en sus procesos de ejecución Hipotecaria se garantice el denominado “principio de efectividad” y el “principio de utilidad” del proceso. Ello supone que el Derecho Comunitario, dice que, aunque los Estados miembros tienen autonomía para implementar los mecanismos procesales de ejecución forzosa como estimen pertinente, nunca lo podrán hacer de forma que “hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil” el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Ordenamiento Jurídico de la Unión”. Esto determina que lo procedente es establecer un cauce para que sea posible ejercitar los derechos de los consumidores en el mismo proceso hipotecario, aún de forma provisional o cautelar.

Es decir, se trata de evitar el “círculo vicioso” y vulnerador de los derechos del consumidor de entender que el proceso Hipotecario no puede pararse, ni paralizarse cuando haya una posible cláusula abusiva, pero tampoco puede evitarse la fuerza ejecutiva de la garantía real, cuando después se acude al proceso declarativo: bien porque este proceso declarativo no admite la medida cautelar de parar el proceso hipotecario, o bien porque cuando se obtiene la Sentencia en el proceso declarativo declarando abusiva una cláusula de la escritura de hipoteca, resulta que el proceso hipotecario ha seguido su curso y se ha subastado la vivienda o incluso se ha lanzado a los ocupantes, que en otro proceso están impugnado la cláusula hipotecaria abusiva y, por lo tanto, quedaría en “papel mojado” y sin valor efectivo alguno una posible declaración de nulidad de una cláusula abusiva, con lo que se vulneraría el referido principio de efectividad y los derechos de los consumidores.

Para evitar este efecto perverso contrario a los derechos de los consumidores y a la Directiva de 1993, es para lo que se consagra el “principio de efectividad” y se dice que la normativa Hipotecaria española no se ajusta a la normativa comunitaria, pues no se establecen mecanismos para evitar la ineffectividad del proceso y para garantizar la efectividad de la posible nulidad por abusiva de alguna cláusula contractual de la escritura de préstamo con garantía real hipotecaria.

Ahora bien, no se comparte la solución del Juez “a quo” en el sentido de que antes de la fase de oposición en el juicio hipotecario y antes de cualquier proceso declarativo definitivo y plenario y antes de cualquier

medida cautelar, decidir, sin tramite alguno, pese a concurrir los requisitos de admisión, sin audiencia alguna y sin todos los elementos de juicio del caso concreto y sin concurrir todos los “elementos de hecho y de derecho” sobre plazos, tipos de interés, efectos de las cláusulas nulas o de las posibles cláusulas abusivas, que una cláusula concreta es nula, que no hay posible subsanación y que no procede despachar ejecución. Todo ello máxime, cuando, en el caso concreto, los límites pactados de la cláusula objeto de esta causa eran entre el 3.50 % y 7.50 %, las cuales están muy alejados de otros analizados por esta Audiencia Provincial (SAP de Burgos, sección 3 de 23-03-2012 donde la cláusula era entre 5.5% y 17.50%).

TERCERO.- La primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional ha sido reiterada. Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, apartado 50, “una directiva impone la obligación a cada uno de los Estados miembros destinatarios de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (véanse las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 15, e Impact, antes citada, apartado 40)”;

A este deber no son extraños los órganos judiciales nacionales, pues como precisa la sentencia de 21 de octubre de 2010 del Tribunal de Justicia, Antonino Accardo, C-227/09, Apartado *“la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 26, y Küçükdeveci, antes citada, apartado 47 y jurisprudencia citada); El Derecho de la Unión nada más puede ser aplicado uniformemente si sus disposiciones se interpretan de forma autónoma, por lo que, como sostienen las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012, TV2 Danmark A/S, C-510/10, apartado 33, y de 27 de octubre de 2011, Tomasz Ziolkowski, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10, apartado 32, “el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 43; de 16 de julio de 2009,*

Infopaq International, C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 27, y de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10, Rec. p. I-0000, apartado 25)”.

Por ello y aplicando toda la doctrina expuesta al caso concreto analizado, debe de evitarse, con plenas garantías de alegación de las partes, para que una vez admitido el proceso Hipotecario se siga adelante con el proceso (subastas-lanzamiento) sin que se valore la concreta cláusula dubitada; máxime, en supuestos y casos concretos, como el presente en los que concurren algunas particularidades, que deben de ser consideradas de forma separada e individualizada (art. 218 LECv) y que son las siguientes:

1º.- Conforme a lo conocido hasta este momento el TS Español no ha declarado nulas todas las cláusulas-suelo por el mero hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan, sino que lo resuelto es que: 1.º Se declara la nulidad de las cláusulas suelo en los casos de falta de transparencia, como acontece en los tres supuestos examinados en el asunto que resuelve. 2.º Se declara que este pronunciamiento no comporta devolución de las cantidades ya satisfechas. 3.º Se razona que este pronunciamiento no significa la nulidad de las denominadas cláusulas suelo cuando se cumplan los requisitos de transparencia respecto de los consumidores. (Madrid 20-03-2013).

2º.- Ello supone que será preciso que se determine si se tienen todos los elementos de juicio para analizar esta cuestión y sobre todo que lo admisible solo puede ser paralizar o suspender de forma cautelar y provisional el proceso hipotecario, pero no inadmitir su tramitación, hasta que se declare la nulidad o validez de la cláusula dubitada. Es decir lo precedente es garantizar el principio de eficacia del derecho Comunitario, pero en ningún caso el decaimiento del sistema Hipotecario Español.

3º.- En todo caso, en el presente supuesto un pronunciamiento autónomo y posterior a la admisión de la demandada ejecutiva es aún mas necesario, ya que aunque la resolución apelada se fundamentan en el hecho de que un contrato de larga duración en el que el acreedor se beneficia de las subidas de interés, pero luego no sufre las bajadas, puede suponer un desequilibrio y una falta de reciprocidad; sin embargo, omite que, siendo cierto que existe una cláusula suelo de 3.50%, también se acepta y se recoge en la escritura objeto de esta causa un tipo máximo de interés aplicable del 7.50%.

Ello supone que, en principio, en este caso concreto habría cláusula-techo y habría que analizar si existe efectiva desproporción entre suelo y techo y

habría que analizar si hubo falta de transparencia en la contratación, como apunta el TS Español, y debe de comprobarse, como establece la STJCEE de 14-III-2013: *“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”*.

4.- Ello es así porque la STJCE establece, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada, que se realizará en función de las “circunstancias propias del caso” y, en nuestro caso admitido el proceso habría que analizar la cláusula, pero no procede inadmitir el proceso.

Por todo ello, tratando de interpretar y de aplicar en su justo contenido la Jurisprudencia comunitaria en relación con el Derecho interno, debe de establecerse, como “medida de efectividad”, considerando que el “Juez a quo” ha actuado sin audiencia alguna de la parte ejecutante, pero también sin audiencia de la parte ejecutada y sin valorar en su integridad la escritura de préstamo hipotecario y todos los elementos de hecho y de derecho, valorando solo la cláusula 3-3- e y no el conjunto de la escritura o la evolución durante su vigencia de los tipos de interés y en qué medida afecta al deber de transparencia, que se dicte resolución en la que se analice cautelarmente la validez o no de la cláusula 3-3, y la procedencia de suspender el presente proceso hipotecario antes de iniciar su fase de subasta. Todo ello si se considerase que concurre “apariencia de buen derecho” para suspender de manera provisional la continuación del proceso hipotecario iniciado; y tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el ejecutado.

Para ello, cumplidos los tramites referidos del art 686 y ss de la Lecv sobre admisión a trámite y dentro de los 30 días siguientes desde el requerimiento y las notificaciones preceptivas, y que no se consideran contrarias al derecho comunitario por las razones expuestas, antes de iniciar la fase de subasta del art 691 y ss LECV, y una vez oídas las partes, y para garantizar el derecho a la segunda instancia, se dictará, con libertad de criterio, resolución específica determinando si procede la suspensión cautelar y provisional del presente proceso Hipotecario hasta que se determine la validez y eficacia de la cláusula 3-3 del contrato de crédito hipotecario sucrito entre las partes en escritura pública Notarial de 3-11-2003 que se une a la demanda.

Esta solución de admitir a trámite la demanda y realizar el despacho de ejecución y después analizar la adecuación de la cláusula concreta al Derecho Comunitario para determinar si procedería la suspensión cautelar del proceso hipotecario, no supone “establecer” un cauce procesal

inexistente, sino adecuar de manera armónica y ponderada el Derecho Comunitario a la normativa especial hipotecaria Española y, además, es acorde con otros pronunciamientos sobre la materia y en concreto con los siguientes:

- Comunicación del Consejo General del Notariado sobre las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales.
- Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, procedente del RD 27/2012 de 15-XI; donde se establece que una vez admitida a trámite la demanda de ejecución hipotecaria, se verifique en un momento anterior al lanzamiento su efectividad y la corrección de las cláusulas de la hipoteca con los derechos del consumidor, para lo que se articula una “suspensión provisional”. Esta “mens legislatoris” se considera adeudada para garantizar la concordancia armónica entre el sistema Hipotecario Español y el Derecho Comunitario.
- El art. 727-11 LECV establece una cláusula abierta para la adopción de medidas cautelares innominadas que se estimen necesarias para la efectividad de la tutela judicial, que lo que se pretende en esta resolución.
- En todo caso, la suspensión del proceso hipotecario tanto Judicial como extrajudicial es posible y está admitido en algunos preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico: art 697 LECv o art 236-5 R.H.

En definitiva, se acuerda que antes de señalar las subastas, y para garantizar los referidos principios de positividad en la aplicación del derecho comunitario, de efectividad y de utilidad, se paralizará el presente proceso y, se valorará, en resolución autónoma y previa audiencia de las partes, la procedencia de la suspensión provisional y cautelar del procedimiento, y en función de que la cláusula dubitada se considere ajustada o contraria al Derecho Comunitario y/o al Derecho interno regulador de los Derechos de los consumidores. Ello supone que si se considera adecuada y ajustada al Derecho interno y al Derecho Comunitario en materia de consumidores la cláusula 3-3 de la hipoteca ejecutada, se continuaría el procedimiento iniciado y si se considera contraria a esos derechos y en perjuicio del consumidor, se determinará la suspensión cautelar y provisional del proceso hipotecario; y ello siempre al margen del derecho de las partes de acudir al proceso declarativo que a su derecho pudiera convenir.

CUARTO.- No se hace expresa imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto, éste Tribunal ACUERDA:

Con estimación parcial del Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Yela Ruiz en representación de....., se acuerda lo siguiente:

- 1.- Procédase a dictar el Auto previsto en el art 686 Lecv y a practicar las notificaciones y requerimientos preceptivos.
- 2.- Verificado lo anterior, y antes de continuar con el presente procedimiento hipotecario (señalamiento de subastas), se determinará y resolverá con libertad de criterio por el “Juez a quo”, previa audiencia de las partes y previo análisis del posible carácter abusivo de la cláusula 3-3 objeto de esta causa, sobre la procedencia de la suspensión cautelar y provisional del presente procedimiento con las pautas fijadas en esta resolución; tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el deudor hipotecario.
- 3.- No se hace expresa imposición de costas.
- 4.- Devuélvase los depósitos constituidos.

Así, por este nuestro auto, lo ordenamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. - La extiendo yo, el Secretario, para hacer constar que la anterior resolución se ha dictado en el día de su fecha y se procede seguidamente a cumplir lo en ella ordenado. Doy fe.

NOTA: Véase el Libro Registro de Resoluciones al folio 386 vto.

NOTA: Queda puesta certificación en el Rollo de apelación. Doy fe.