

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 2
SEVILLA**

Avda. de la Buhaira n° 26 Edificio NOGA - Planta 7ª
Tlf.: 955921007/ 008/ 009. Fax: 955921010

Procedimiento: EJECUCIÓN PROV. TITULO JUDICIAL N° 187/2011- 5

not 13/4/2011

AUTO N° 105/11

MAGISTRADO-JUEZ QUE LO DICTA: D/Dª MIGUEL ANGEL NAVARRO ROBLES
Lugar: Sevilla
Fecha: 12 de abril de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La presente ejecución provisional fue instada por el Procurador Sr/a. Pérez Sánchez, en nombre y representación de AUSBANC, como ejecutante, defendida por letrado Sr/a. García Carrellán, frente a las entidades, como ejecutadas, BBVA, representado en autos por Procurador Sr/a. Romero Gutierrez y defendida por Letrado Sr/a. Olivencia Ruiz, CAJAMAR CAJA RURAL SCC, representado en autos por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá y defendida por Letrado Sr/a. León Fernández, y la entidad CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE Y PONTEVEDRA (NOVACAIXAGALICIA), representada en autos por Procurador Sr/a. Muñoz Martínez y defendida por Letrado Sr/a. Massaguer, con base a titulo judicial, sentencia de esta sede, de 30 de septiembre de 2010, pendiente de recurso de apelación.

Segundo. Y despachada por auto de 27 de enero de 2011, se presentaron escritos de oposición a la misma por la representación de todas las entidades ejecutadas, formándose el oportuno incidente y dándose los traslados oportunos a la ejecutante quien ha presentado alegaciones de contradicción por escrito de fecha de entrada en Decanato de 11 de abril del corriente, adelantado por copia a esta sede.

Tercero. Planteada controversia en los términos que resultan de los respectivos escritos, y no suscitándose la oportunidad de vista ni estimándose procedente, quedaron los autos en la mesa del proveyente para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Sobre la denunciada indeterminación de la sentencia, su inefectividad y naturaleza de la condena producida. La tutela general de los intereses generales (difusos o colectivos) de los consumidores se orienta de un modo abierto (y necesario) en garantía de los mismos, entre otras vías, por el reconocimiento en su favor de la legitimación asociativa, y como particularmente en el presente caso sobre intereses colectivos supraindividuales determinados o determinables. Y son determinados o determinables en este supuesto, en cuanto se concretan a los prestatarios de determinados modelos de contrato de préstamo hipotecario. Lo que se considera coherente, además, con el conocimiento que cabe comprender de cada entidad demandada sobre quienes son los clientes con los que habrían firmado tales cláusulas. Por lo que sería absurdo considerar, defecto alguno de determinación de aquellos sujetos, como no se quieran dar a entender, que las codemandadas no saben siquiera con quien contratan.

No se aprecia por tanto riesgo de confusión alguna sobre tales sujetos ni, tampoco, sobre las condiciones cuestionadas. Son tales las referidas a las tres entidades de autos y a las determinadas cláusulas, también "de autos", como ya resulta desde el ordinal primero del fallo de la sentencia, pues no hay ni más entidades ni más cláusulas, no obstante las disquisiciones que resultan de los escritos de oposición, y en particular de CAJAMAR, con cavilaciones, que aun coherentes en sí mismas, parecen superar el marco del enjuiciamiento acontecido, o al menos de la condena también "de autos" producida. La congruencia, debida y pretendida, en todo momento, por este Jugador, en relación con la demanda inicial, marcaba la pauta y habrá de seguirse, en coherencia, hasta el final.

Este no ha sido un juicio general sobre cualquier o toda cláusula de limitación a la variabilidad de intereses, sino sobre determinadas cláusulas, con también, determinados márgenes de variabilidad, porque así se acotaba desde la demanda. Con horquillas y recorridos porcentuales, que no superan hacia el suelo el mínimo del 2,50%, y un máximo no inferior al 10%. Como literalmente se expresó en sentencia "entre el 3,25 y 3,50, hasta

el 12 o 15% en el caso de BBVA, (docs 4 a 7), entre el 2,75 y el 10% en caso de LA CAIXA (doc 8), y entre el 3,25 y el 15% en caso de CAJAMAR, (doc 9)"(Fund. Cuarto).

En la propia sentencia ya se apuntan las dificultades advertidas para la extensión de la misma a otras cláusulas y márgenes, e incluso para la nulidad de la totalidad del contenido de la limitación a la variabilidad de las propias condiciones cuestionadas, que por lo mismo no comprendía a su referente máximo o techo y sí y únicamente, a su suelo o mínimo porque, sencillamente, tal era concretamente el pedimento actor.

Por lo que, en su caso, el contenido y argumentación de ineffectividad o de posibilidad o no de cumplimiento del fallo, habrá de aquietarse a las cláusulas que fueron objeto de las actuaciones y a los contratos que le sirven de soporte, y sobre las tres entidades demandadas.

Se advierte, no obstante, que al margen las consideraciones y exhaustivo desarrollo argumental de la defensa de CAJAMAR, en este sentido, la cuestión no ha suscitado mayor duda a las correspondientes a BBVA y LA CAIXA. No se trata por tanto ni comprende la presente ejecución, contrariamente a lo que parece desprenderse del escrito de aquella parte, de todo contrato de préstamo hipotecario, ni de todo límite, de suelo o de techo, o de suelo-techo de los mismos, sencillamente porque tal pretensión no era la sustentada en la demanda de autos. Quizá por ello, como veremos hace valer mayor estimación de quebranto o de riesgo de quebranto económico, con la presente ejecución, que las demás entidades.

En lo que se refiere a la naturaleza, que también se controvierte por las tres entidades financieras, del contenido de la declaración judicial, se valora, de conformidad con la actora, en que lo que se ejercita por la misma es simplemente una acción colectiva de cesación que ciertamente envuelve como presupuesto la declaración de nulidad previa sobre la condición general y a la que se afecta o liga, las consecuencias de hacer o eliminar y de no hacer o de abstención, que aquella supone, pues como dice la ley, aquel tipo de acción, literalmente se dirige a obtener una "sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.."(art.12.2 LCGC). Se trata por tanto de una acción de condena o si se prefiere, declarativa de condena. No se trata simplemente, y en ningún momento, de la actuación o ejercicio autónomo de una acción declarativa o merodeclarativa alguna, ni que quepa escindir interesadamente de aquella colectiva indicada. Encontrando por ello perfecto acomodo en el art. 524.2 LEC. Por lo que procede rechazar, asimismo, los

alegatos de oposición sustentados en tal sentido, con amparo en los arts 527.1 y 3, 528.2.1°, en relación con el 559 LEC.

Y de igual modo se rechazan, finalmente, los alegatos de irregularidad formal por contravención del art. 527.2 LEC, por el defecto de testimonio que se reprocha, suficientemente justificado por la argumentación ejecutante, en relación al momento de actuar su pretensión de ejecución provisional que se acepta en sus propios términos y sin necesidad de mayor abundamiento.

SEGUNDO.- La legitimación y la cualidad de beneficiario y su compatibilidad. Respecto de la legitimación controvertida nuevamente (en cuanto que además fundada en un "hecho nuevo") de la asociación actora, ha de mantenerse la inicial reconocida a la misma. Y en relación en concreto a la sentencia de 6 de octubre de 2010 de la Audiencia Nacional, -posterior, en consecuencia, a la sentencia de autos de 30 de septiembre de 2010-que finalmente ha fallado la expulsión de aquélla, del Registro especial o sectorial de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, y como asimismo no desconocen las partes, al menos hasta tal momento, se habría mantenido la incorporación de AUSBANC a tal Registro, siquiera lo haya sido cautelarmente, pero con todo efecto, pues no se refiere ni acredita que la cautela estuviere sujeta a restricción o limitación alguna, y que por lo mismo no cabe reputar en esta sede, en tal perjuicio añadido, cuando, como se insiste, no lo ha sido en la sede contenciosa administrativa en que le era propia. Se mantiene pues bajo tal consideración, como efecto de litispendencia, de *perpetuatio legitimationis*, (arts 410 y 413 LEC), la legitimación actora y hasta el término del asunto y sus incidencias, pues solo cabría reputar "decaído" -en palabras de las defensas demandadas- tal efecto por la extinción misma de la personalidad de la actora, sin posibilidad de sucesión procesal, que no ha sido el caso. En términos simples o gráficos cabría admitir o decir, ciertamente, que a AUSBANC la han "expulsado" del Registro aludido, pero no que la hayan "matado" o eliminado del mapa. Su personalidad se conserva, tiene pues vida jurídica y puede seguir actuándola. Y también en ejecución y sobre la base del título legítimo que le sirve de soporte, cual es la sentencia de condena.

La legitimación indicada, por lo demás, se valora compatible con la de los "beneficiados" por la condena, y ambas tienen apoyo en intereses mutuamente relacionados, pues el interés de aquélla no es sino síntesis de los intereses individuales de éstos, resultando en el fondo unos mismos o propiamente no excluyentes, bien que se consideren desde una perspectiva individual y determinada, o bien de modo colectivo e indiferenciado.

En sede de ejecución se advierte que la tutela de aquellos "intereses generales de consumidores" y su compatibilidad con los "intereses personales de consumidores" alcanza su verdadero sentido, al permitir a éstos por la mediación y actuación de aquellos, el acceso a los efectos materiales de la ejecución, de un modo directo, y sin la necesidad de exigencia de particulares y múltiples reclamaciones formales.

Así resulta que el hecho de que la Asociación vencedora, en representación y defensa colectiva de todos los consumidores afectados o afectables por la acción reconocida, pueda abrir la ejecución provisional o definitiva, no es sino la expresión plena de la "tutela judicial efectiva" en el ámbito de los intereses generales de los mismos, que así encuentran una garantía de efectividad que, de otro modo, se antoja mutilada o imperfecta e incluso lesiva a los mismos, de tener que esperar que cada cual impetres su particular tutela con los gastos consiguientes, y quebranto del sistema legalmente diseñado u orientado en evitación, precisamente, de tal inconveniente. Considerando, además, las dificultades naturales de principiar demandas frente a entidades en situación de desequilibrio de armas y medios, notorio, en muchos casos.

Por tanto la legitimación particular del beneficiario/s, que podrían actuar a su instancia en cualquier momento, (como ya lo han hecho varios en esta sede) no desdeña ni desplaza la propia para impetrar la tutela colectiva de los consumidores por la asociación actora, cuando, como ha sido el caso, ha prosperado una acción colectiva en defensa de los mismos, para la que se valora, como se insiste, plenamente legitimada. Y con el respaldo positivo que supone la dicción del art. 221.1ª LEC, ya destacado por la actora.

Y tal legitimación propia se aprecia en relación al entero contenido de la ejecución, tanto en relación a los intereses colectivos de los prestatarios ya determinados como de los determinables futuros que resultaren firmantes de las mismas cláusulas, y quizá con relación a estos con mayor razón, dada la obvia indeterminación subjetiva de los mismos mientras no se consumare su afección, con la firma del contrato.

TERCERO.- La imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior en caso de revocación de sentencia. Rechazada la indeterminación subjetiva, objetiva y deficiencia formal o de nulidad sobre la naturaleza del objeto de condena, así como la falta de legitimación reprochada, y

considerando la legitimidad de la asociación actora y regularidad de la ejecución provisional abierta a instancias de la misma, resta por valorar, en esencia, la ponderación del eventual desequilibrio de los intereses en juego, asimismo sostenido como fundamento de la suspensión suplicada, a la vista de los datos de hecho y alegaciones y justificaciones, puestos de manifiesto con ocasión del presente trámite de ejecución, y falta de todo respaldo patrimonial apreciado de la actora.

Y llegado este punto, cabe anticipar inevitablemente, que se valora de conformidad con las demandadas en cuanto al impacto, que cabe comprender indiciariamente notorio y negativo, en sus respectivos balances, de una medida tal de ejecución como la de autos, a la vista de las cifras que preliminarmente se aportan y con apoyo en los informes técnicos hechos valer por las mismas, frente a la contrapartida, vana de referente de responsabilidad, que resulta y se manifiesta, en el presente incidente, de la entidad actora, sin que la consideración sobre la sola legitimación e interés colectivo actuado de la misma, se considere con suficiencia, en estas circunstancias. Teniendo en cuenta, además, la provisionalidad de la presente ejecución, y en tanto no resultare definitivamente revocada o confirmada.

Así, se pone en evidencia en el Informe pericial de BBVA (único externo aportado, de la entidad KPMG) sobre una cartera de más de 400.000 clientes, diversidad de gastos e importes de logística, cálculos, gestión, comunicaciones y desembolsos con importes variados según concepto, que de modo global alcanzarían costes de perjuicio de 28 millones de euros aproximadamente, en concreción del propio escrito de oposición. Poniendo de relieve no solo efectos directos, sino también indirectos, por la titulización de gran parte de la cartera de préstamos hipotecarios, y consecuencias sobrevenidas en inversores institucionales y particulares españoles y extranjeros adquirentes de bonos y cédulas con las cláusulas anuladas. Cajamar, por su parte, señala unas estimaciones de cartera hipotecaria (a fecha 31-12-2010), con la denominada cláusula suelo de 129.365 contratos, y valora un perjuicio estimado de aproximadamente 115 millones, que quizá comprende en coherencia con los alegatos antes referidos de la misma, mayor extensión de la condena que la propia de autos, tal como quedó expuesto. NOVACAIXA GALICIA, refiere una estimación de 2.396 contratos actualmente vigentes y previsiones ciertamente generosas para el 2011 de unos 15.000 más, en incrementos anuales del 10%. Cuantificando un daño en ejecución provisional concretamente de 175.283.-euros mensuales. No comprendiendo a esta sede hacer una mejor valoración financiera o contable de tales datos, y no haciéndose mejor contradicción de los mismos por la actora, al plantear sin más, la consideración simple, de que no quedan acreditados los perjuicios, y destacando, en concreto, la

eventualidad, del lado de los consumidores, de riesgo de situaciones irreversibles individualmente consideradas, por el posible impago de cuotas, ejecuciones y pérdidas de vivienda, que del propio modo, no se acreditan. Considerándose cuando menos, como puras generalidades.

El contraste de realidades respectivas, de mayor o menor concreción, como podría y debía de haber sido, tanto por la una como por la otra parte, no desdeña el indiciario impacto negativo antes señalado y desigualdad relativa que revela.

En efecto, permitir, a la vista de tales datos, como destacan las codemandadas, que por la sola voluntad de la asociación ejecutante, se pueda consumir, aunque lo fuere provisionalmente, los efectos económicos coherentes y consecuentes a tal eliminación presente y futura de las cláusulas suelo anuladas, en el interés etéreamente colectivo de los consumidores, sin soporte de riesgo alguno, por nadie en particular, en contrapartida o natural correlación de contradicción, cuando de meros intereses económicos se trata, como es el caso, (sin otros componentes adicionales que demandaren mayor tutela o atención -salud pública, medioambientales, infancia..etc), se reputa en el presente caso, que excede de la tutela amparable en el marco de ejecución exclusiva de una acción colectiva.

En tal sentido y contexto, esto es, en el de mera ejecución colectiva, y dado el desequilibrio señalado, procede sin más, y de conformidad con el art. 528.2.2º LEC, subsidiariamente invocado, dejar en suspenso la ejecución acordada, al menos, en relación a la Asociación actora.

Quizá esta consecuencia no sea más que el ejemplo vivo del desfase legislativo de prevenir la posibilidad de la tutela intereses colectivos, que puede ser operativo, como lo ha sido en el caso, para la fase de instancia, pero que, notoriamente, adolece de mejor regulación para la fase de ejecución provisional, al volver a traer a primer plano, teniendo que otorgarles protagonismo, a los simples intereses particulares. Lo que deja en cierta evidencia las deficiencias de la tutela colectiva de los mismos en este momento.

CUARTO.- Eventualidad de ejecuciones particulares. Ahora bien, una cosa es la ejecución en relación a la Asociación señalada, en que el desequilibrio de riesgos y responsabilidades señalado es evidente, y otra, los ententes particulares, ya abiertos o por abrir, en relación a los consumidores directamente beneficiarios de la condena, respecto de los que en paridad de trato y de responsabilidad, y elemental respecto de su

voluntariedad, ha de dejarse a salvo la posibilidad de actuar la ejecución provisional que su derecho les comprenda y en relación con su concreta hipoteca o situación, ya firmada o en curso, o que resultare firmada en lo sucesivo, pues si bien que de modo provisional, la sentencia condenatoria en contra de las demandadas, existe y ha de reconocérseles, mismamente la posibilidad de su actuación y ejecución a su instancia, también de modo provisional, conforme a la fase procesal en que nos encontramos. Permittedoseles así, como se insiste, la contradicción oportuna y en el seno de los propios incidentes que se presentaren, con el apoyo que puede ofrecer en este ámbito el art.519 LEC. Sin que resulte justificado que, de modo anticipado y sin audiencia al efecto, se hiciese valoración alguna sobre riesgo de desequilibrio en tales ententes particulares, ni menos aún, sobre el cierre de tal posibilidad.

En resumen, si bien, no se advierte prudencialmente procedente la prosecución de la ejecución sobre la sola voluntad y sin asunción de riesgo alguno de la entidad actora, ello no desdeña, la eventualidad (y realidad en varios casos ya judiciales) de la oportunidad de valorar la ejecución provisional de quienes siendo reconocibles como beneficiarios de la sentencia, demanden su anticipado cumplimiento, y bajo su responsabilidad, en tanto se mantenga la interinidad de la condena de autos.

Por lo que, amen de proceder a la suspensión de la presente ejecución, sin la necesidad de mayor garantía o caución a favor o en contra de ninguna de las partes de autos (art. 530 LEC), procede dejar expresamente a salvo la acción que, a cada cual consumidor, entienda le comprenda en derecho, a impetrar, en defecto de atención voluntaria de las entidades demandadas, la tutela judicial y ejecución provisional de la sentencia condenatoria de autos.

En definitiva, tal posibilidad procede remitirla, en primer término, al prudencial acuerdo de voluntades de las propias partes negociales, y subsidiariamente, a la valoración judicial que en esta sede mereciere, previa su instancia en la forma legal correspondiente.

QUINTO.- En materia de costas dada la parcial estimación que se hace de la oposición suscitada y naturaleza no solo material, sino también, jurídica de la misma, no procede hacer especial pronunciamiento. Arts. 561.2 y 394 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a lo expuesto;

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO; Que estimando parcialmente la oposición sustentada por las entidades codemandadas de autos, BBVA, CAJAMAR Y CAIXA GALICIA, a través de sus respectiva representación, frente a la entidad actora AUSBANC, debo declara y declaro lo siguiente;

1º.- Dejar en suspenso la presente ejecución provisional que fuera acordada por auto de fecha 27 de enero de 2011 , en el interés colectivo actuado por la demandante ASUBANC, frente a las entidades condenadas en primera instancia, BBVA, CAJAMAR Y CAIXA GALICIA.

2º.- Dejando expresadamente a salvo las ejecuciones o actuaciones singulares que ya estuvieren en trámite en esta sede judicial y en relación a la sentencia de esta primera instancia de 30 de septiembre de 2011. Así como también quede a salvo, en general, a los consumidores que se reputen beneficiarios actuales o sobrevenidos, por la referida sentencia, las acciones que en derecho les comprendan para impetrar la tutela y ejecución provisional singular o particular de la misma, y por tanto, en relación a su situación jurídica individualizada.

3º.- Y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno. De conformidad con el art 530.4 LEC.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por este Auto, lo dispongo, mando y firmo. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

EL/LA SECRETARIO