



Roj: **AJPI 1/2014 - ECLI: ES:JPI:2014:1A**

Id Cendoj: **41091420242014200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Sevilla**

Sección: **24**

Fecha: **13/01/2014**

Nº de Recurso: **2240/2012**

Nº de Resolución: **7/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL GALVEZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 24 DE SEVILLA

C/Vermondo Resta s/n. Edificio Viapol Portal B Planta 6ª

Tlf.: . Fax:

NIG: 4109142C20120067063

Procedimiento: Ejecución de títulos no judiciales 2240/2012. Negociado: 5

Sobre: PRESTAMO HIPOTECARIO

De: D/ña. **BANCO POPULAR** ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr./a.: EDUARDO ORTIZ POOLE

Letrado/a Sr./a.: JOSE IGNACIO GONZALEZ-PALOMINO JIMENEZ

Contra D/ña.: Loreto , Moises y DISTRIBUCIONES GRACIA ALVAREZ SL

Procurador/a Sr./a.: DIEGO NAVAJAS FERNANDEZ

Letrado/a Sr./a.: MARTA GARCIA APARICI

AUTO 7/2014

D. MIGUEL ANGEL GALVEZ JIMENEZ

En SEVILLA, a trece de enero de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la parte ejecutada Sr. Moises , se presentó el día 12 de diciembre de 2013 incidente de oposición a la ejecución al amparo de lo dispuesto en la ley 1/2013.

Segundo.- Conferido traslado a la parte ejecutante se opuso frontalmente a la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero .- Por la representación procesal de la parte ejecutada Sr. Moises , se presentó el día 12 de diciembre de 2013 incidente de oposición a la ejecución al amparo de lo dispuesto en la ley 1/2013.

Basa su oposición a la presente ejecución en :a) abusividad de la estipulación primera de la escritura de préstamo hipotecario al establecerse un interés moratorio del 15,50 € anual ; y b) abusividad de la cláusula **suelo** fijada en el contrato relativo al interés variable establecido en el préstamo hipotecario.



Segundo.- Sobre el interés de demora. En cuanto a los intereses moratorios y su posible carácter abusivo hay que partir de que no se discute la condición de consumidor del ejecutado, aunque sí se discute que haya sido impuesta.

No obstante la carga de la prueba de que la cláusula se ha negociado individualmente recae sobre la entidad financiera y desde luego no basta con afirmar que ha sido así. Además tampoco es posible defender la idea de que un contrato es negociado individualmente por el hecho de que se ofrezcan diferentes tipos de contratos con tipos de intereses diversos pero estandarizados, aunque provengan del mismo empresario (con mayor razón si provienen de diferente empresario o entidad).

Debe analizarse ahora el tipo pactado del 15,50% y ha de hacerse tal y como nos indica ya la STJUE de 14 de marzo de 2013, es decir, comparando el tipo pactado con el interés legal en la fecha del contrato.

Así esta sentencia dice que " en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, 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 en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos ".

Si tenemos en cuenta que en 2012 el interés legal se situaba en el 4 %, es evidente que el 15,50% como interés de demora es excesivo.

A ello se puede añadir que con la reciente ley 1/2013 de 14 de mayo se ha modificado la LEC y la LH en su artículo 114 para establecer que el interés moratorio no puede exceder de tres veces el interés legal.

Este límite es aplicable a los intereses moratorios vencidos y no pagados por lo que es de aplicación al caso que nos ocupa (DTª segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo). Este artículo 114 LH y la DT 2ª de la ley 1/2013 de 14 de mayo no pueden interpretarse como un límite al cual pueda rebajarse o moderarse el tipo moratorio, sino que es el criterio o límite para saber cuándo un tipo de interés moratorio es abusivo, con sanción de nulidad absoluta e inaplicación de la cláusula. Hay que tener en cuenta que el artículo 561.1, 3º, para la ejecución ordinaria y el artículo 695.3 y 4 de la LEC en ejecución hipotecaria son claros en cuanto a que la consecuencia de la consideración como abusiva de una cláusula es su "inaplicación".

Por ello cuando la DT 2ª de la ley 1/2003 de 14 de mayo utiliza la palabra "recalcular" ha de interpretarse de forma sistemática y entendiéndose que recalcular es partiendo de la anulación del tipo moratorio abusivo. De otro modo se incurre en una moderación proscrita por el TJUE y el ordenamiento comunitario.

Así las cosas **lo procedente es la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusiva, debiendo procederse a su recalcular al tipo del 12%.**

Tercero.- Sobre la nulidad de la cláusula denominada **suelo** . La nulidad de la denominada cláusula **suelo** descansa en la forma de su comercialización y transparencia a la hora de ser contratada con la parte ejecutada.

La aplicación de toda la panoplia jurisprudencial a la cláusula particular objeto de enjuiciamiento debe conducir a la declaración de abusividad por cuanto que la misma no supera el doble control de transparencia establecido por el TS y, además, causa un evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del ejecutado (art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007). El que el iter precontractual y contractual se haya ajustado a la legalidad formal vigente (singularmente la O.M. de 5 de mayo de 2.004) permite la incorporación de tal condición general al contrato lo que sin embargo no puede entenderse como adecuada comprensión por parte de los consumidores de la carga económica que asumían en virtud de la cláusula **suelo**.

Ni en la oferta vinculante-que no se aporta por la entidad bancaria- ni en el contrato de préstamo hipotecario (doc. núm.1 de la demanda) se destaca tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato, no se facilitaron al consumidor por el **Banco** simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés (al menos no se han aportado por la Entidad Bancaria ex art. 217.7 de la LEC). No hay información previa clara y comprensible (no adjuntada cuando menos) sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

Por ello la cláusula no es transparente ni permite conocer al consumidor la repercusión económica que la misma tiene en el tracto contractual generando, además, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato puesto que convierte un tipo de interés variable en

fijo a la baja protegiendo el interés económico de la Entidad Bancaria y dando al traste con las posibilidades de un abaratamiento de la operación para el consumidor por mor de las bajadas de interés previsibles para el empresario como afirma el TS.

Dicho motivo de oposición es propio del presente ámbito de la ejecución, por cuanto que determina la cantidad exigible.

Es por ello que para determinar su posible carácter abusivo hay que acudir a la forma en la que se negoció. Y desde esta perspectiva hemos de poner de manifiesto, que dada la cercanía de los medios probatorios precisos para ello, a la entidad ejecutante, le corresponde la carga de probar que la comercialización fue transparente. Pues bien de ello no existe más prueba que la manifestación interesada de dicha entidad bancaria, sin que existan otros elementos probatorios que permitan entender en el caso de autos que la negociación sobre la citada cláusula fue transparente y correcta.

Debe ser estimado dicho motivo de oposición.

Cuarto.- Sobre el alcance de la nulidad de las cláusulas **suelo e interés de demora.**

Afirmado el carácter abusivo de las cláusulas **suelo** y de interés de demora debe precisarse el alcance que tal declaración debe tener en el seno del presente proceso de ejecución .

Los intereses de demora sin duda determinan la cantidad exigible en la ejecución (art. 695.1.4ª de la LEC). Ahora bien, no parece que en los mismos resida en el fundamento de la ejecución (art.695.3. párraf. 2º) que obedece a la frustración del acreedor de su derecho de crédito (art. 1.911 del CC) respecto del cual los interés de demora representan únicamente una sanción convencionalmente pactada (art. 1.255 del CC). Dicho con otras palabras, no son los intereses de demora los que excitan la promoción por el acreedor de su derecho a la ejecución hipotecaria sino el peligro de no obtener la restitución del principal prestado más la remuneración convenida (art. 1.753 y 1.755 del CC) para lo cual acude a la realización de la garantía real (art. 1876 del CC). Por todo ello no cabe acordar el sobreseimiento de la presente ejecución en virtud de que la cláusula del interés de demora se reputa abusiva.

La STS de 9 de mayo de 2.013 declara que:

"273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva "

Por ello competirá a **Banco Popular** Español SA presentar una nueva liquidación de la deuda en la que se aplique, como interés de demora el legal del dinero (art. 1.108 del CC). Ello en el caso de que sea revocado lo que se dirá respecto de los efectos de la cláusula **suelo** y adquiera firmeza el pronunciamiento sobre los intereses de demora.

Respecto de la cláusula **suelo** la conclusión debe ser opuesta. La STS de 9 de mayo de 2.013 señala que:

*"189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas **suelo** forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.*

*190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas **suelo** se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial" .*

Si el fundamento de la ejecución es la recuperación del principal y el precio no satisfecho por su entrega hasta el momento del vencimiento anticipado de la operación, si la cláusula **suelo** forma parte intrínseca del precio, encontrándonos en el presente caso ante un contrato oneroso no puede sino concluirse que la citada cláusula constituye tanto el fundamento mismo de la operación jurídica suscrita entre las partes como también, por extensión, fundamento de la propia ejecución.

En consecuencia, procede sobreseer la presente ejecución de conformidad con lo contemplado en el artículo 695.3 párrafo 2º de la LEC .

Quinto.- Las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones.

PARTE DISPOSITIVA



Que visto lo anterior : 1º) DECLARO el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora contenida. Competerá a **Banco Popular** Español SA presentar una nueva liquidación de la deuda en la que se aplique, como interés de demora el legal del dinero (art. 1.108 del CC). Ello en el caso de que sea revocado lo que se dirá respecto de los efectos de la cláusula **suelo** y adquiera firmeza el pronunciamiento sobre los intereses de demora.

2º) DECLARO el carácter abusivo de la de la denominada cláusula **suelo**, recogida como cláusula primera apartado 3.3 del contrato y ACUERDO SOBRESEER la presente ejecución .

SEGUNDO. Desestimo los restantes pedimentos de la parte ejecutada.

TERCERO. IMPONGO las costas a **Banco Popular** Español SA.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de SEVILLA (artículo 455 L.E.C). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 458 L.E.C).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de **Banco** Santander nº 23290000052240, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial , salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO-JUEZ, doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ EL/LA SECRETARIO/A

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".