

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 10 DE SEVILLA

C/Vermondo Resta s/n. Edificio Viapol Portal B Planta 4º

Tif.: 955.04.30.57-58. Fax:

NIG: 4109142C20130038852

Procedimiento: Ejecución hipotecaria 1138/2013. Negociado: 5

De: D/ña. UNICAJA BANCO SA

Procurador/a Sr./a.: MAURICIO GORDILLO ALCALA

Contra D/ña.: MARIA CARMEN CORTES TRIGUERO y EMILIO LOPEZ BENITEZ

Procurador/a Sr./a.: MARTA MUÑOZ MARTINEZ

AUTO 412/2014

D./Dña. MARIA TRINIDAD VERGARA GOMEZ

En SEVILLA, a dos de mayo de dos mil catorce

1 ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Gordillo Cañas, obrando en nombre y representación de UNICAJA BANCO, S.A., se presentó demanda ejecutiva en fecha 22 de julio de 2013, interesando el despacho de ejecución hipotecaria frente a D. EMILIO LÓPEZ BENÍTEZ, y Dña. MARÍA CARMEN CORTÉS TRIGUERO, en base a una escritura pública de hipoteca, despachándose ejecución por auto de fecha 24 de marzo de 2006.

SEGUNDO.- Por la Procuradora Sra. Muñoz Martínez, obrando en nombre y representación de los ejecutados, se presentó escrito formulando oposición a la ejecución despachada.

Seguidamente, se suspendió el curso de la ejecución, convocándose a las partes a la vista prevista en el art. 695 de la Lec, señalándose al efecto el día 29 de abril de 2014. Llegado el día y hora señalados, comparecieron ambas partes, y no habiéndose cumplimentado la prueba documental propuesta por la ejecutada, se confirió a la parte ejecutante un plazo de cinco días a fin de aportar a las actuaciones la documental requerida por aquella. Seguidamente, quedaron los autos en poder de la que ahora resuelve a fin de dictar la resolución pertinente.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los ejecutados, en su condición de deudores hipotecantes, se han opuesto a la ejecución despachada en virtud de escritura pública de hipoteca. Declarada nula en el auto despachando ejecución, la cláusula relativa a los interés de demora, la parte ejecutada entiende que son abusivas las cláusulas relativas al vencimiento anticipado, la que establece una comisión por impago de 24 euros por recibo impagado, y la llamada cláusula suelo.

La parte ejecutante se muestra disconforme con la oposición formulada de contrario, alegando que, por lo que se refiere a la cláusula suelo, es transparente, y clara, y no se encuentra enmascarada entre el resto de cláusulas, y además no hay cláusula techo, como si se tratase de una contraprestación, habiendo sido la parte ejecutada informada debidamente antes de firmar el préstamo. En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, es lícita, como la anterior, habiéndose impagado más de tres recibos al tiempo de interponer la demanda, como ahora exige el art. 693 de la LEC. Y en cuanto a la cláusula que establece comisiones por impago de 24 euros por recibo impagado, se cita de contrario la norma 6ª de la Circular del Banco de España, nº 8/1990, y se admite su validez, alegándose que no se puede reclamar de forma automática, sino que tiene que haberse desarrollado actividad al efecto, lo que ha ocurrido en este caso, al haberse enviado burofaxes a los ejecutados, habiendo existido un intento de acuerdo entre las partes.

Para una mejor comprensión de lo que se va a resolver a continuación, aclarar que en este caso, la escritura pública de préstamo hipotecario se otorgó en fecha de 24 de marzo de 2006. El capital prestado ascendía a 92.000 euros. En dicha escritura se recoge un interés ordinario al tipo de 2,90%, durante los 12 primeros meses, para después fijarse un interés, consistente en el interés de referencia más un diferencial del 1,30 puntos, aclarándose que la referencia intercambiaría a un año será el euribor. En la misma cláusula tercera bis, se dice que en todo caso, el tipo de interés aplicable en ningún caso será inferior al 3,50%. También se establece una cláusula de

vencimiento anticipado, por impago de una cuota, por impago de la prima del seguro, por incumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura..., (cláusula sexta), y también es recoge en la cláusula cuarta, una comisión por impago de 24 euros por recibo impagado. Los ejecutados ostentan la condición de consumidores ex art. 3 de la LGCYU.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, y por lo que se refiere al vencimiento anticipado, por los motivos recogidos en la escritura, aclarar que, en este caso tal y como se infiere de la certificación en la que se fija el saldo deudor, antes de dar por vencido anticipadamente el préstamo, se habían impagado cuatro cuotas o recibos, por lo que se cumple con lo prevenido en el art. 693 de la Lec, tras su redacción dada por la Ley 1/13, de manera que no se ha hecho uso de la cláusula de vencimiento anticipado en los términos inicialmente redactados, (una cuota impagada), no empleándose tampoco dicha cláusula por el resto de motivos expresados en la misma. De manera que, de un lado, la entidad bancaria se ha ajustado al límite mínimo exigido en la Ley, en cuanto al número de cuotas impagadas. Y, en el precitado artículo se establece además que, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Y, de otro lado, por lo que se refiere al resto de motivos por los que también se puede dar por vencida anticipadamente el préstamo, no ha sido el fundamento del despacho de ejecución, ni tampoco ha determinado la cantidad a despachar, pues no se han aplicado en este caso, por lo que no procede realizar pronunciamiento alguno en aplicación de lo prevenido en el art. 695.4 de la Lec, ni es este el momento de pronunciarse sobre su carácter abusivo, sin perjuicio, claro está, de lo que la parte ejecutada pudiera alegar en el juicio declarativo correspondiente, pues en todo caso, no puede olvidarse que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución hipotecaria, y que aún cuando los motivo de oposición se han visto ampliados tras la reforma operada por la Ley 1/13, estos siguen siendo tasados, y el art. 695.4 de la LEC, es claro cuando establece que podrá invocarse la existencia de cláusulas abusivas, si bien, cuando se trata de cláusulas que hayan servido de fundamento al despacho de ejecución, o que hayan determinado la cantidad por la que se ha despachado ejecución.

TERCERO.- En la cláusula cuarta se establece una comisión de 24 euros por recibo impagado, que opera al margen de los intereses de demora.

En la liquidación del saldo deudor, se contempla la inclusión de 72 euros, que obedece a la aplicación de la comisión por impago a razón de 24 euros.

El artículo.82.1 RD Leg. 1/2007 de 16 noviembre 2007, según el cual: " Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato ". Estamos en presencia de una definición amplia y abierta, que se remite a varios conceptos indeterminados, y que por ello permitirá su aplicación en atención al caso concreto que sea objeto de examen. Con ella se pretende velar por el justo equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes en los contratos de consumo, defendiendo la posición del consumidor contra las cláusulas establecidas de forma unilateral por el empresario, de tal forma que, para considerar una cláusula como abusiva se requiere que la misma cause un evidente desequilibrio entre las posiciones de las partes, y además que tal desequilibrio sea contrario a la buena fe que debe presidir todas las relaciones mercantiles y en especial las de consumo. Del propio concepto del artículo.82.1 RD Leg. 1/2007 de 16 noviembre 2007 se desprenden cuales son los requisitos que se exigen para poder considerar como abusiva una determinada cláusula de un contrato de consumo: a) que se trate de un contrato celebrado con consumidores; b) ausencia de negociación individual de las cláusulas contractuales y c) necesidad de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

Atendida la anterior doctrina, procede declarar el carácter abusivo de dicha comisión de conformidad con lo previsto en el artículo 85.6 del TR de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues contiene una previsión de sanciones por incumplimiento

absolutamente desproporcionada. se fija una comisión por recibo impagado de 18,03 euros. Se trata de una cláusula general que impone un coste al consumidor que no aparece justificado en modo alguno sino que viene impuesto de forma unilateral, tanto en su cuantía como en su contenido, por parte del empresario, generando para el mismo una posición favorable a sus intereses económicos y que no se corresponde con los gastos reales que para el mismo pueda suponer la regularización de las posiciones deudoras ante incumplimientos previos al vencimiento anticipado. Sea cual sea el sistema que se pueda emplear para dicha regularización (correo electrónico, correo ordinario, contacto telefónico, etc.) lo cierto es que dicho gasto nunca alcanzará el coste fijado unilateralmente. No es nula la cláusula por fijar un indemnización por gastos de regularización, sino por fijar su importe de manera fija y sin obligación del empresario de acreditar haber intentado la reclamación, ni justificar el medio empleado para ello ni su coste individualizado para el concreto consumidor que ha impagado una de las cuotas.

En este caso, ciertamente como indicó la dirección letrada de la entidad bancaria, se han aportado sendos burofaxes al procedimiento, si bien, lo son para comunicarles a los ejecutados que se da por vencido anticipadamente el préstamo, indicándoles el saldo deudor, incluyendo ya los 72 euros, que se reclaman ahora también en concepto de comisiones, sin que se haya aportado los requerimientos que se hubiesen realizado con respecto a las cuotas impagadas que han generado dichas comisiones, ni el coste de tales requerimientos, ni de los burofaxes antes indicado. En consecuencia, los efectos prácticos, en este proceso, de lo anteriormente razonado, y en aplicación de los criterios seguidos por distintas audiencias antes expuestos, se corresponden con la reducción de la cantidad de 72 euros, fijada en la liquidación efectuada por la comisión de regularización de impagos.

CUARTO.- Cláusula suelo, la parte ejecutada alega que no ha sido debidamente informada de su existencia, pese a las diversas reuniones mantenidas con la entidad bancaria, no existiendo en este caso oferta vinculante sobre las circunstancias del préstamo hipotecario.

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo Sala primera num.1916/2013 numero de recurso 485/2012, de 9 de mayo de 2013, en cuya parte dispositiva en su apartado séptimo se dice: *Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por*

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. Y,

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA”.

En dicha sentencia con efecto vinculante, como es sabido, se declaraban nulas las cláusulas denominadas suelo, si bien dicha declaración no se hace con un carácter general, sino que habrá de estarse a cada caso concreto. Concluye, a modo de resumen, que las cláusulas suelo tiene la consideración de condición general de la contratación al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y que aunque afecten al objeto principal del contrato, puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez al no formar parte del elemento esencial del mismo. Asimismo, aunque determinar que la cláusula suelo, per se, es lícita se puede declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio. Por

tanto, según el TS, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y un segundo nivel relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas. Y, respecto a la irretroactividad de la sentencia hemos de matizar lo que con tanto énfasis dice el apelado. El punto 294 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 dice "*Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.*"

El TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a como se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considera es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal, en el art. 5.5 LCGC a cuyo tenor "(l)a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y art. 7 LCGC "(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)"-.

Superado ese primer nivel, se pasará al segundo en el que se determina que información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación para determinar si éste era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato.

Así, en palabras del TS de 9 de mayo de 2013, (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por lo que se refiere al supuesto de autos, entiende la que ahora suscribe que la cláusula tercera bis, establece un tipo de interés ordinario o remuneratorio del 2,90%, durante los 12 primeros meses, y transcurrido dichos plazos, será el interés de referencia más un diferencial de 1,30 puntos, siendo la referencia intercambiaria a un año, el euribor. Ahora bien, en la misma cláusula, antes de determinar o aclarar cual será la referencia, se establece que en ningún caso el interés podrá ser inferior al 3,50%. No se establece ninguna cláusula techo. De la liquidación aportada por el banco se infiere que los intereses ordinarios se han calculado al tiempo del impago en un mínimo del 3,20%, cuando el euribor en el periodo de impago (noviembre de 2012, febrero de 2013), apenas llegaba al 0,70, por lo que el interés hubiera sido sensiblemente inferior al aplicado.

Cierto es que de dicha cláusula tercera bis, titulada "Tipo de interés variable", se deduce que el tipo de interés no podrá ser inferior al 3,50%, sin embargo, ello no implica que se haya superado el control de transparencia. Del clausulado de la escritura, se infiere que, lo que se contrata inicialmente es una hipoteca que transcurridos 12 meses, el interés será variable, no en vano, la cláusula analizada como se ha expuesto, se titula "Tipo de interés variable", no constando que se le hubiese informado por la ejecutante, a quien corresponde dicho deber, de que en todo caso el interés ordinario no sería nunca inferior al 3,50%, y de sus consecuencias, es decir, que por lo tanto no se beneficiaría de las espectaculares bajadas del euribor que se han venido produciendo en los últimos años. De la documental aportada junto con la demanda ejecutiva, se ha probado como indica la aludida sentencia de 9 de mayo de 2013, que existan simulaciones de escenarios

diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni sobre información previa clara y comprensible 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.

Es decir, en este caso, no logra la parte ejecutante, con los documentos que obran en autos, entre los que no figura la oferta vinculante, acreditar que se haya cumplido con el proceso informativo pues no aporta la entidad bancaria ninguna prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni que se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba, es decir, que pese a haber suscrito en teoría una hipoteca con interés variable, la misma se habría convertido en una hipoteca a interés fijo, y que además no se beneficiaría de las bajadas de tipo de interés, al existir el límite antes referenciado, no haciéndose en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto. Por lo que no se habrían cumplido con los requisitos exigidos. Por lo que dicha cláusula ha de ser declarada abusiva, lo que comporta el sobreseimiento del presente procedimiento.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha venido a establecer el carácter irretroactivo de su sentencia, si bien, para los pagos ya efectuados, y para cuando se hubiese recaído una resolución judicial firme con efectos de cosa juzgada. Si bien, en este caso, el despacho de ejecución se ha fundado en el incumplimiento de cuatro mensualidades, y en consecuencia, por cantidades aún no abonadas. Evidentemente declarada la abusividad de dicha cláusula suelo, y su inaplicación, la cantidad por la que se habría despachado ejecución sería íliquida, procediendo por lo tanto el sobreseimiento del procedimiento, quedando en consecuencia sin efecto todo lo actuado en el mismo.

QUINTO.- En cuanto a las costas, no se hace especial pronunciamiento al haberse estimado parcialmente los motivos de oposición.

En atención a lo expuesto:

DISPONGO: Estimar parcialmente, la oposición formulada por Dña. Marta Muñoz Martínez, Procuradora de los Tribunales, y de D. Emilio López Benítez, y Dña. María Carmen Cortés Triguero, de modo que, se declara el carácter abusivo de la cláusula cuarta en cuanto a la comisión establecida por recibo impagado, por lo que en tal caso la ejecutante habría de presentar una nueva liquidación de la deuda en la que se aplique, para el caso de que se revoque el pronunciamiento sobre cláusula suelo. Igualmente se declara el carácter abusivo de la de la denominada cláusula suelo, recogida como cláusula tercera bis, y **ACUERDO SOBRESEER** la presente ejecución, desestimándose los restantes pedimentos de la parte ejecutada, sin expresa condena en costas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación.

Así, lo acuerdo y firma Dña. María Trinidad Vergara Gómez, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla, de lo que doy fe.

1

LA MAGISTRADO JUEZ

LA SECRETARIO JUDICIAL