

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE ELX (ANTIGUO MIXTO N° 7 )

N.I.G.:03065-42-2-2016-001

Procedimiento: PIEZA DE OPOSICION A LA E.TEC HIPOTECARIA - 06/11/2016

- Recepción -

Lexnet

10 - ene - 2017

Efectos día siguiente  
Art. 151 de la L.E.C.

Notificado al Procurador

11 - ene - 2017

Yolanda Sánchez Orts



C/ Antonio Machado, 79  
03204 Elche (Alicante)  
abogado@rscgrupoasesor.com

Francisco Luis García Cerrillo  
Departamento Jurídico - Abogado

Tel.: 96 616 07 12  
Fax: 96 616 07 11

Fiscal  
Laboral  
Contable  
Jurídico

YOLANDA  
Z, IL  
Y BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.  
YOLANDA, SANCHEZ ORTS, YOLANDA Y MARTINEZ HURTADO,

AUTO 2017

o de diciembre de dos mil dieciséis.

Dada cuenta y;

HECHOS

PRIMERO- El Procurador Sr. Martínez Hurtado, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA presentó el 30.10.14 demanda interesando se despachara ejecución hipotecaria contra y D. y la herencia yacente de como prestatarioshipotecantes por importe de 153.398,36 euros ( de los que 148.463,58 euros concepto de capital, 4.932,19 euros por intereses remuneratorios al tipo pactado; 2,59 comisiones y gastos ), mas los que se devenguen desde fecha 9.4.14 al tipo pactado y gastos y costas por importe de 46.000 euros, sin perjuicio de ulterior liquidación y ello en relación a un préstamo hipotecario concertado por las partes el 6.11.08 por importe de 174.000 euros, a amortizar en el plazo que media hasta el 4.12.2028, debiendo efectuarse el primer pago el 4.1.09 y el ultimo el día del vencimiento, pactándose un periodo de carencia hasta ek 4.12.08 en el que no se amortizaría capital, de modo que la amortización del principal del préstamo se haría en 240 cuotas mensuales de capital e interés desde el 4.1.09 a 4.12.2028, ambos inclusive, con un interés inicial fijo hasta el 4.11.09 de 7,50% y a partir de esa fecha variable según el tipo resultante de aplicar al tipo de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre dl conjunto de entidades de crédito, un diferencial de +1,50 puntos porcentuales, si bien se pactaba expresamente que el mínimo aplicable sería del 5%, fijándose un interés de demora equivalente a la suma de cuatro puntos al tipo de interés ordinario que resulte de aplicación en tal momento, fijándose un tipo máximo de 15,750% anual. En garantía de dicho préstamo se constituyóhipoteca sobre la finca propiedad de y D. local sito en Elche en c/ Jose Mas Esteve e inscrita en el Registro de la Propiedad de Elche nº al libro folio , finca adquirida por escritura de compraventa de 27.6.00 y sobre la finca propiedad de la mercantil S.L. local comercial sito en Elche c/ Jose Mas Esteve 51 inscrito en el Registro de la Propiedad nº 1 de Elche al tomo libro folio 20 finca nº

prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Teniendo en cuenta lo expuesto las alegaciones sobre la abusividad no pueden prosperarlas relativas al índice de referencia fijado para el cálculo del interés remuneratorio de la operación mencionado en la cláusula tercera (IRPH), debiendo decirse desde ya que no se hará valoración alguna en relación al índice sustitutivo en tanto que dicho índice no se ha aplicado y por tanto ni determina la cantidad exigida ni es fundamento de la ejecución como exige el art 695.1.4º de la LEC

El índice IRPH del conjunto de entidades de crédito, es uno de los siete índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato (que es de 17.1.05, pues desaparecieron definitivamente a partir del mes de noviembre de 2013. Dicho índice no era extraño en el mercado inmobiliario, ni presentaba al tiempo del contrato, contraprestación diferencial evidente con el otro índice utilizado, el Euríbor, siendo notorio que estas cláusulas con índice de referencia IRPH se utilizaron, menos que el Euríbor sin duda, pero no de forma excepcional.

En todo caso no cabe declarar abusiva la cláusula en cuestión pues además de que no se determina por los ejecutados la influencia que en la cantidad exigible en el presente caso haya podido tener la aplicación de la misma, limitándose a hacer alegaciones genéricas, lo cierto es que el índice de referencia no puede reputarse abusivo por se puesto que se trata del precio y desde ese punto de vista no está sometido al control de abusividad, sin perjuicio de que sí pueda estarlo al de transparencia e incorporación del contrato. Y en este caso no puede dejarse pasar que la cláusula cuestionada gramaticalmente hablando, es clara y comprensible en sus términos, pues concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomaría como referencia, incluso en casos de que fijado como principal no pudiera aplicarse por alguna circunstancia, cumpliendo el primer nivel de transparencia del artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y que puede presumirse, dado el tiempo transcurrido desde la formalización del préstamo y desde que empezó a aplicarse el tipo cuestionado sin que conste queja alguna de los ejecutados sobre el interés remuneratorio que se le estaba aplicando, no solo que los ejecutados eran conscientes de que había contratado un préstamo hipotecario a interés variable y como tal, sometido a un cierto riesgo ante la variabilidad y volatilidad del mismo y que ese interés se calcularía tomando como referencia un índice oficial (el IRPH), que además podía conocer pues además es de objeto de publicación oficial en el BOE como se indica claramente en la cláusula tercera, más el diferencial pactado.

Se dice que dicho índice es abusivo porque es manipulable pero esa manipulación del índice por parte de las Cajas o las Entidades no se ha

acreditado, ni siquiera se ha formulado prueba al respecto y si la cláusula supera el control de transparencia y fija un método referencial para fijar el precio del dinero que consiste en el uso de un índice aprobado para el mercado bancario por la entidad reguladora del mismo, sin que conste actuación concreta del prestamista para alterar el índice del mercado ni maniobra alguna de la que se desprenda incidencia del prestamista, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA en este caso en el valor del índice en concreto, la conclusión no puede ser otra que la recogida en SAP Alicante sección 8° de 18.12.15 y 28.10.16 y afirmar que no estamos ante una cláusula nula porque no se presenta ni contraria a la buena fe ni refleja una situación de desequilibrio prestacional en los términos del art. 82 TRLC, siendo conviene traer a colación lo afirmado en la SAP Barcelona de 16.5.16 en el sentido de que dado el carácter esencial de la cláusula el consumidor se ha de percatar de su importancia y de la carga que supone pues es el coste de la operación y como tal definitorio del objeto del contrato y que dado que su proceso de formación estaba bajo la supervisión del Banco de España y se elaboraba a partir de la información ponderada le proporcionaban decenas de entidades.

QUINTO. - Cosa distinta ocurre con la conocida cláusula suelo, que como es de ver en la liquidación presentada sí fue aplicada en el préstamo, la cual ha dereputarse abusiva porque no consta, contra lo afirmado por la ejecutante que se informase a la prestataria de cuál sería, a corto plazo, el comportamiento previsible del índice de referencia a partir del momento de su aplicación (4.12.09) por ejemplo, mediante simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés de referencia en el momento de contratar; y en todo caso debió informar a la parte prestataria de que estaba realmente contratando un préstamo a interés fijo mínimo, variable exclusivamente al alza, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja (si las hubiera) probablemente no repercutirían en su beneficio pues bajara lo que bajara, en realidad siempre se le aplicaría el 5% nominal anual; le presentó un techo como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, cuando realmente el techo no actuaba así, pues no era en absoluto previsible que el tipo de interés de referencia alcanzara el techo estipulado (nada menos que el 11,750%) y además la limitación de la variabilidad del préstamo pasa desapercibida pues aunque se destacara en negrita la mención "límite a la variabilidad del tipo de interés aplicable" la cláusula se inserta en la escritura, figurando a mitad de la cláusula 3- que comprende las páginas 19 a 25 de la escritura y a folio vuelto, después de explicar pormenorizadamente la aplicación y juego del interés variable, y destacando en negrita solo el porcentaje 5% pero las palabras inmediatamente anteriores "el tipo de interés anual mínimo aplicable al contrato" que convierten en realidad la operación en un préstamo a interés fijo.

A consecuencia de lo anterior ha de acordarse, el sobreseimiento del procedimiento conforme al art 695.1.4° y 3 último párrafo pues si el fundamento de la ejecución es la recuperación del principal y del precio no satisfecho por su entrega hasta el vencimiento anticipado, integrando dicha cláusula el precio es claro que constituye fundamento del préstamo suscrito por las partes y por ello también de la ejecución, sin perjuicio del derecho de la parte ejecutada a obtener en su caso el reintegro de las sumas cobradas indebidamente por aplicación de esa cláusula, (en el mismo sentido AAPCordoba de 29.1.14 que en caso similar declara que "La cláusula, cuya nulidad se aprecia, es determinante del precio, pues

establece la remuneración que el prestatario debe abonar al prestamista, de forma que éste ha dado por vencido el préstamo en virtud de que el ejecutado ha dejado de pagar cantidades calculadas conforme a una cláusula ineficaz. Ello supone una liquidación incorrecta sobre el elemento precio, con lo que la notificación de ella, a efectos de la ejecución hipotecaria, se encuentra viciada, debiendo avocar al sobreseimiento. 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, hallándonos en presencia de un contrato oneroso, no puede sino convenirse que meritada cláusula constituye tanto el fundamento mismo de la operación jurídica suscrita entre las partes como también, por extensión, fundamento de la propia ejecución, con la consecuencia, ya asumida por esta Sala en resoluciones de 27 y 28 de enero del presente año, de que proceda el sobreseimiento de la presente ejecución de conformidad con lo contemplado en el art. 695.3, párrafo 2º, de la LEC")

Por lo expuesto y estimándose no obstante que no procede la imposición de costas a ninguna de las partes por la estimación parcial de la oposición y porque la misma se fundamenta en jurisprudencia posterior al contrato de préstamo y a la interposición de la demanda de ejecución.

#### PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO.- Estimar en parte la oposición formulada por la Procuradora Sra. Sanchez Orts, en nombre y representación de d. , D Y ; y Dª contra la ejecución despachada a instancia de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA y declarando abusivas, y por ello nula, la cláusula 6 intereses de demora y de cláusula suelo inserta en la cláusula 3.3. de la escritura de préstamo hipotecario de 6.11.08 suscrito por las partes, queda sobreseída la presente ejecución, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente al de su notificación. ( art 695.4 párrafo 1º LEC)

Para formalizar el recurso debe constituirse depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado, lo que deberá acreditar el recurrente, requisito sin el cual no se admitirá trámite.

Así lo acuerda, manda y firma Dª Rocío Fons Tomás, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N°4 de Elche y su partido. Doy fe.