

## **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 13 DE SEVILLA**

C/ Vermondo Resta nº2, Edificio Viapol, Portal B - 4ª Planta

N.I.G.: 4109142C20140021218

**Procedimiento: Ejecución hipotecaria 691/2014. Negociado: 2**

De: CAIXABANK SA

Procurador/a: Sr/a. MARIA LUISA GUZMAN HERRERA

Letrado: Sr/a.

Contra: XXXX

Procurador/a: Sr/a. XXXXX

Letrado: Sr/a.

### **AUTO Nº 809**

En la Ciudad de Sevilla, a 15 de diciembre de 2014

Dada cuenta,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** -. Por la Procuradora doña María Luisa Guzmán Herrera , en nombre y representación de **CAIXABANK S.A.** se presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad **XXXX**.

**SEGUNDO** -. Por Auto de 9/6/2014 se despachó la ejecución, y por medio de escrito de 4/7/2014 la Procuradora doña X, en nombre representación de **XXXX**, se opuso a la misma, y por Diligencia de ordenación de 31/7/2014 se convocó a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 695.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO** -. La comparecencia tuvo lugar el día 4/12/2014 con asistencia de las partes ejecutante y ejecutada, quienes hicieron por su orden las alegaciones que tuvieron por conveniente y solicitaron la práctica de prueba.

**CUARTO** -. Se abrió el trámite de prueba, se propuso documental que fue declarada pertinente, con el resultado que consta en la grabación audiovisual, y quedaron los autos para resolver, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO** -. La entidad CAIXABANK S.A. formula demanda de ejecución hipotecaria en reclamación de la suma de **133.488,67 €** de principal, desglosado en los siguiente conceptos, 131.154,48 € de capital, 2.224,14 € de intereses remuneratorios y 110,04 € de intereses moratorios, conforme a la liquidación efectuada con fecha 27 de febrero de 2014, así como 30.700 € presupuestados para intereses y costas, con fundamento en las escritura pública de préstamo de fecha 4 de agosto de 2003 y la novación del mismo efectuada en escritura 27 de abril de 2010 – documentos n ° 2, 3 y 4 de la demanda de ejecución -.

La ejecutada se opuso a la ejecución despachada y alegaba el carácter abusivo de las cláusulas 3 ° bis d) de la primera escritura y la 4 ° B 6 de la escritura de novación. En la primera se establece un tipo mínimo de liquidación del interés retributivo del 4 %, pactado inicialmente como variable al Euríbor más 1 punto, y en la segunda del 4,95 %, cuando se había convenido como variable al Euríbor más 1,50 puntos. Asimismo cuestionaba la aplicación de los intereses de demora al tipo pactado del 22,50 % y el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota.

La entidad ejecutante ha impugnado la anterior oposición, si bien admitió la posibilidad del recálculo de los intereses retributivos sin cláusula suelo y de los intereses de demora en el supuesto de que se entendiera que la ejecutada tiene la condición legal de consumidora.

## **SEGUNDO** -. **Nulidad de la cláusula "suelo". Intereses de demora.**

Como se anticipó en el acto de la comparecencia, en la medida de que está acreditado que la sociedad mercantil demandada tiene por objeto actividades relacionadas con la peluquería, ha de admitirse que la adquisición de la vivienda a la que se destinó el préstamo garantizado con la hipoteca que se ejecuta fue una actuación realizada sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, conforme a su artículo 3 párrafo 2 °.

A partir de esta premisa, y por lo que hace a la apreciación del carácter abusivo de la cláusula suelo y su consiguiente nulidad, decir que debe ser estimada a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, citada asimismo por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 28 ª, de 26 julio de 2013 – ponente Sr. García García –, en términos esclarecedores:

El TS señala en su sentencia de Pleno de 13 de mayo de 2013 que las cláusulas suelo son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Porque corresponde a la libre iniciativa empresarial el fijar el interés al que presta el dinero y el diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. De manera que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su

opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Las premisas del primer control de transparencia se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, en el caso de las cláusulas suelo, siempre que se dé cumplimiento en los procesos de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores a las previsiones de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Es importante no perder de vista esta matización, pues los bancos demandados, significadamente el BBVA, han hecho hincapié en el escrupuloso cumplimiento de dicha normativa. Pero ello no es suficiente, dado lo que nos señala la jurisprudencia, como ya hemos explicado.

Para efectuar el segundo control, el Tribunal Supremo nos señala diversos **criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas suelo/techo**. En concreto: **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, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia (el tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza); **b)** la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiaemente secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia; **c)** la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato; **d)** su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; **e)** la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y **f)** la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como precisó el Tribunal Supremo en su auto de fecha 3 de Junio de 2013, aclaratorio de la precedente sentencia de 9 de mayo de 2013. Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.

En el presente caso la entidad ejecutante no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos que exigía la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 en cuanto a la entrega de folleto informativo y a las características de la oferta vinculante – artículos 3 y 5 -. La cláusula aparece inserta en el conjunto del contrato, entre un importante número de otras y con remisiones a documentos anexos respecto de los que no consta su previa entrega a la hoy ejecutada; suelo y techo aparecen como contraprestaciones inescindibles; no se destaca como un elemento principal y definitorio del contrato; no existen simulaciones, y no se acredita tampoco el cumplimiento del requisito relativo a la advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. En definitiva, se trata de un supuesto similar al resuelto por el Auto num. 187/2014 de 30 abril, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) - AC\2014\1000 – en el que se acoge asimismo el criterio de que la declaración del carácter abusivo de la cláusula y su consiguiente nulidad no conlleva el sobreseimiento de la ejecución, habida cuenta de que subsiste el deber de restituir el capital del préstamo. Es por ello que, siendo asimismo aplicable la limitación legal de los intereses de demora prevista en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, dada la finalidad del préstamo,

y no siendo aplicable a este caso la cláusula de vencimiento anticipado, en la medida de que se produce tras el impago de cuatro cuotas, es procedente conceder a la ejecutante un plazo de diez días para que, como se expresa en el Auto de la sección 8<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de junio de 2014, recaído en los autos de ejecución hipotecaria 473/2.012-5<sup>o</sup> de este mismo Juzgado y en las resoluciones que cita, se proceda por la ejecutante “a *recalcular los intereses moratorios conforme a lo establecido en el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria y determine la cuantía del capital no devuelto más los intereses remuneratorios, descontando la cuantía correspondiente a los intereses remuneratorios pagados en exceso sobre la base de la cláusula suelo, y limitar la ejecución a la cuantía resultante de **capital debido, intereses remuneratorios calculados al tipo pactado, excluida la cláusula suelo, e intereses moratorios recalculados con arreglo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria**”.*

**TERCERO** -. Dada la estimación parcial de la oposición, no hago expresa imposición de las costas procesales – artículos 561.1<sup>o</sup> y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

## PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto

**1<sup>o</sup>. Estimo en parte** la oposición formulada por la Procuradora doña XXXX, en nombre representación de **XXXXXX**, frente a la ejecución hipotecaria despachada a instancias la Procuradora doña María Luisa Guzmán Herrera, en nombre y representación de **CAIXABANK S.A.**, **declaro el carácter abusivo y la nulidad de la estipulación 3<sup>a</sup> bis d)** de la escritura de préstamo de 4 de agosto de 2003, en el particular relativo a que el interés resultante no podrá ser inferior **al 4 % anual**, y de la estipulación 4<sup>a</sup> B 6 de la escritura de novación de 27 de abril de 2010, en el particular relativo a que el interés resultante no podrá ser inferior **al 4,95 % anual**.

**2<sup>o</sup>. Acuerdo** requerir a la parte ejecutante para que en el plazo de diez días proceda a recalcular los intereses moratorios conforme a lo establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y determine la cuantía del capital no devuelto más los intereses remuneratorios, **descontando la cuantía correspondiente a los intereses remuneratorios pagados en exceso sobre la base de la cláusula suelo**, y limitar la ejecución a la cuantía resultante de **capital debido, intereses remuneratorios calculados al tipo pactado, excluida la cláusula suelo, e intereses moratorios recalculados con arreglo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria**.

**3<sup>o</sup>.** No hago expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia

Provincial de SEVILLA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. 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 Banesto nº 4035-0000-00-0691-14, 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, manda y firma S.S<sup>a</sup> don Miguel Ángel Fernández de los Ronderos Martín, doy fe.