

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 TOLEDO

AUTO: 00076/2019

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 DE TOLEDO

-

C/ MARQUES DE MENDIGORRIA, 2
Teléfono: 925396060, **Fax:** 925396065
Correo electrónico: mixto5.toledo@justicia.es

Equipo/usuario: RFM
Modelo: 0806M0

N.I.G.: 45168 41 1 2015 0021762
EJH EJECUCION HIPOTECARIA 0000030 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador/a Sr/a. JUAN JOSE MARTINEZ CERVERA
Abogado/a Sr/a. MIGUEL BRAVO TOLEDO

Procurador/a Sr/a. MARIA NELIDA TARDIO SANCHEZ, MARIA NELIDA TARDIO SANCHEZ
Abogado/a Sr/a. MIGUEL LINARES POLAINO, MIGUEL LINARES POLAINO

AUTO

En Toledo a 18 de marzo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por

a través de su representación procesal se ha formulado OPOSICION frente al auto despachando ejecución instancia de BANCO POPULAR ESPAÑOL, celebrándose vista, en la que ratificada la parte ejecutada en su oposición se ha formulado impugnación por el ejecutante en los términos que constan en el acta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por

se formula oposición a la ejecución fundada en la existencia de cláusulas abusivas.

El artículo 695.1 4º LEC, tras la reforma de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. establece como motivo de oposición a la ejecución *“El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*.

Por la ejecutante se niega la condición de consumidor de los ejecutados, lo que impide que puedan oponer la existencia de cláusulas abusivas.

El art. 3 del TRLGCU, establece que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En particular, el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A cuyo efecto, resulta de interés la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, que objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. El TJUE concluye en dicha resolución que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él

se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la **Directiva 93/13/CEE** cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato.

En el presente de la escritura de constitución resulta que la garantía hipotecaria recae sobre Vivienda Duplex puerta 2 situada en la planta segunda del portal nº 1. Vivienda que se desarrolla en plantas segunda y ático, y plaza de garaje. Que finalmente vivan allí o no, no significa por ello que no sean consumidores

SEGUNDO.- Las cláusulas cuya abusividad sirve de fundamento a la oposición, en las que concurren alguno de los presupuestos expuestos, bien servir de fundamento a la ejecución o bien a la cantidad exigible, son principalmente la cláusula 7, en la que se establece el vencimiento anticipado, cuya estimación determinaría el archivo de la presente ejecución, y cláusulas que determinan la cantidad por la que se ha despachado ejecución, la cláusula 3.8 en la que se establecen intereses de demora, y 3.9 en la que se establece la cláusula suelo.

Procede en primer lugar resolver, ya que su estimación determinaría el archivo de la presente ejecución sobre la cláusula de vencimiento anticipado

Examinando la escritura de constitución de la hipoteca se aprecia la abusividad de la cláusula financiera en la que se regula la **resolución anticipada del préstamo** por la entidad bancaria por falta de pago de cualquiera de plazos de amortización del capital prestado.

Dicha cláusula constituye "el fundamento de la ejecución" pretendida por la entidad ejecutando y que ha dado lugar a la presente ejecución.

Las cláusulas de un contrato celebrado con consumidores y usuarios son abusivas si no habiendo sido negociadas individualmente, "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" (artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -en adelante, TRLGDCU-, en relación a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores).

Visto su contenido, su finalidad específica de salvaguarda de los intereses de la entidad bancaria y, a falta de prueba en contrario (artículo 217.7 de la LECiv), no fue negociada individualmente con los prestatarios, sino que fue "redactada previamente y el consumidor no -pudo- influir sobre su contenido" (artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE citada). La cuestión se centra en determinar si dicha cláusula ha ocasionado "en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes".

El punto de partida debe ser la -conocida- **sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE** (asunto C-415-11), que fija, como criterio a considerar para apreciar el carácter abusivo de "la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, ... -el de- comprobar especialmente ... si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo". En este sentido, el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE establece que "el

carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

Pues bien, el hecho de fijar como causa de resolución anticipada el impago de una sola cuota de amortización, en contratos de la naturaleza, entidad y duración como el analizado, puede ya incardinarse en el supuesto de abusividad previsto en los artículos 82.4.a) y 85.4 del TRLGDCU, al vincular dicha resolución contractual a la voluntad del empresario y permitirle el vencimiento anticipado y unilateral del préstamo hipotecario ante supuestos que podrían no constituir sino cumplimientos irregulares o meros retrasos. Es decir, nos encontramos ante una cláusula que permite a la entidad prestamista dar por resuelto anticipadamente el contrato ante un único impago por los prestatarios de una sola cuota de amortización, sin tomar en consideración la parte del crédito ya satisfecha con anterioridad o la cuantía pendiente, sin valorar la gravedad material y real del incumplimiento contractual.

En ello insiste la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo al artículo 693.2 de la LECiv, que establece que “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago...”, siendo así que la cláusula contractual que se analiza no cumple con dichas exigencias legales.

En este punto, resulta irrelevante que la entidad bancaria no venciera anticipadamente el contrato hasta el impago por los prestatarios de 5 plazos mensuales”. Sobre los supuestos en los que existen múltiples cuotas impagadas por los prestatarios, se pronunciaba ya, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia (autos de 5 de mayo o 19 de junio de 2015 y su Sección 6ª), que destacaba la contradicción que

supone afirmar que la cláusula es abusiva, pero no así su aplicación por la entidad financiera, por cuanto "si la cuestión de la que tratamos es la de apreciar la existencia, o no, de la posición de igualdad y equilibrio entre las partes, resultante de la celebración del contrato en el momento de concertar el préstamo, la abusividad, o no, debe predicarse de la propia cláusula tal como fue redactada por la entidad prestamista, y no de la aplicación que de ésta haga durante la vida del contrato, y singularmente cuando decida ejercer la acción ejecutiva contra el prestatario moroso. De ahí resulta que deja de ser relevante cuál sea el número de cuotas del préstamo que adeude en ese momento, pues si inicialmente la redacción de la cláusula desequilibró de manera desproporcionada, en beneficio del banco y en perjuicio del consumidor, la posición de las partes en el contrato, tal cláusula será abusiva y, por tanto, nula desde el primer momento, de manera que no podrá ser aplicada después, por cuanto esa nulidad radical no permite la producción de efecto ninguno, lo que significa que no cabrá el vencimiento anticipado de la deuda que se pretenda apoyar en esa cláusula. Desde esa perspectiva, la cláusula aquí estudiada es abusiva porque, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU), que supone la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el banco (artículo 88.1 del TRLGDCU) e implicaría falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor (artículo 87 del TRLGDCU).

La abusividad de esa cláusula de vencimiento anticipado implica la degradación del título ejecutivo aportado por la demandante, pues fue determinante para el inicio del presente procedimiento de ejecución, por lo que debe declararse la improcedencia del mismo y su sobreseimiento".

Resulta definitivo **el auto de 11 de junio de 2015 del TJUE** (asunto C-602/13). Ante el planteamiento de la cuestión prejudicial sobre "si la Directiva 93/13 debe interpretarse en

el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula”, y en particular sobre una cláusula de vencimiento anticipado como la que ahora se analiza. Dicho auto establece que “a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica”, y que “el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula”. En dicha resolución el TJUE concluyó que “Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En virtud de los anteriores razonamientos, la cláusula 7 de la escritura de préstamo hipotecario que ha servido de fundamento a la presente ejecución, es abusiva y, conforme al artículo 83.1 del TRLGDCU, debe ser declarada nula de pleno derecho y tenerse por no puesta.

SEGUNDO.- Sobre el alcance que la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 de la escritura de préstamo hipotecario de que se trata en la presente, ha de tener en la presente Ejecución Hipotecaria nº 158/2015, resultan de aplicación los artículos 561.1.3ª y 695.3 de la LECiv. Al constituir dicha cláusula el fundamento de la ejecución pretendida debe declararse la improcedencia del despacho de la ejecución.

Al respecto y sobre una posible aplicación supletoria del Derecho nacional español, cabe citar el reciente **auto de 17 de marzo de 2016 del TJUE** (asunto C-613/15), plenamente aplicable al supuesto planteado en esta ejecución hipotecaria. "Los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor ... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización ... No obstante, en el litigio principal, y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que, por una parte, los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas y, por otra parte,

interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado". En similar sentido se pronunciaba la sentencia de fecha 14 de junio de 2012 del TJUE (asunto C-618/10), que estableció que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE "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, de 16 de noviembre... que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva..., la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Aplicando la anterior jurisprudencia, no cabe realizar integración o moderación de la cláusula financiera sexta bis b) de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de mayo de 2006, teniendo dicha cláusula por no puesta y denegando el despacho de la ejecución, toda vez que la ejecución hipotecaria pretendida se asentaría en la cláusula de vencimiento anticipado en cuestión y su improcedencia en nada resulta perjudicial a los prestatarios. Ello sin perjuicio de las demás vías de reclamación procedentes a favor de la entidad bancaria que no impliquen la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado analizada, dado que -es evidente- el contrato subsiste pese a la declaración de nulidad de la cláusula analizada. En este punto, cabe citar el auto nº 201/2015, de 30 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Coruña: "... la Sala considera que la ponderada valoración crítica de los razonamientos expuestos conduce a estimar que, al menos en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, a modo de condición de procedibilidad impropia, por lo que la declaración de nulidad determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria y, lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula declarada nula".

TERCERO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condena en costas a la entidad ejecutante

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: LA NULIDAD de pleno derecho de la *cláusula 7* de la escritura de préstamo hipotecario, que sirve de fundamento a la presente ejecución, teniendo dicha cláusula por no puesta, y en consecuencia LA IMPROCEDENCIA Y ARCHIVO DE LA EJECUCIÓN, sin condena en costas.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma doña Almudena Rey Martín, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Toledo y su Partido.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ LA LETRADO DE LA ADMON DE JUSTICIA