



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 DE PUERTOLLANO

C/ CRUCES Nº 8, 1ª PLANTA

Teléfono: 926 44 18 52/53/54

Fax: 926 41 23 32

bcs

M201A0

N.I.G.: 13071 41 1 2014 0016443

**POH PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC. HIPOTECARIA
0001**

Procedimiento origen: EJECUCION HIPOTECARIA

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. JOSE ANTONIO LOPEZ MORA

NOT.- 14-3-16/ LDO.- LOPEZ MORA

A U T O

Magistrado-Juez

Sr.: LUIS JOSÉ SÁENZ DE TEJADA VALLEJO.

En PUERTOLLANO, a once de marzo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la ejecutante se presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a la Explotación. Por la ejecutada se formuló oposición a la demanda de ejecución hipotecaria.

A la vista de la oposición se suspendió la ejecución citándose a las partes a la comparecencia legalmente prevista.

Segundo.- Llegado el día las partes comparecieron a la citada comparecencia debidamente asistida y representada.

En el acto de la comparecencia la opositora solicitó como prueba la Documental. Por parte de la ejecutante se propuso como prueba Documental y testifical.

Tras la celebración de la comparecencia quedó el procedimiento pendiente de dictado de la resolución pertinente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- La parte ejecutante instó la ejecución hipotecaria frente a la ejecutada en reclamación de 214.229,32 euros, correspondiendo 139.000,00 euros al principal, 16.366,62 euros por comisiones e intereses ordinarios y 17.162,69 euros por intereses rotatorios, más las costas y gastos que se valoran en 41.700 euros.

Fundamenta la demanda ejecutiva en los hechos expuestos en la demanda y que aquí se dan por reproducidos.

Segundo.- La ejecutada se opuso a la ejecución hipotecaria solicitando que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas que se detallan en los hechos y en el suplico de la demanda.

Entiende la opositora que en el préstamo hipotecario existen cláusulas abusivas, en concreto:
La cláusula segunda relativa a intereses ordinarios y moratorios.

La cláusula cuarta relativa a la constitución de hipoteca y distribución de responsabilidad hipotecaria y precio para la subasta.

Asimismo señaló la existencia de un a pluspetición al ser incorrectamente imputados los pagos realizados, señalando por ello la incorrección del documento fehaciente de liquidación.

Tercero.- La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la oposición a la ejecución hipotecaria fundamentalmente en el artículo 695. Así la misma señala:

"Artículo 695. Oposición a la ejecución.

1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.^a Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.^a Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.^a En caso de ejecución de bienes inmuebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

4.^a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a Y 3.^a Del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4.^a, Se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4. ° Anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten."

Cuarto.- Se plantean por la opositora diversas cuestiones.

La primera es la relativa a no haber recibido por el préstamo la cantidad de 24.604,10 euros, señalando que con ello se han producido intereses ficticios encubiertos por recepción ficticia de dinero.

Esta cuestión ha de ser desestimada. La opositora no acredita en modo alguno lo que manifiesta, incumpliendo con ello lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Existe una escritura en al que consta la manifestación de la opositora de haber recibido todo el dinero del préstamo, bien

en metálico bien abonado cargas, que gravaban las fincas registrales hipotecadas, y además jamás ha mencionado este hecho hasta el momento en que se ha opuesto a la demanda de ejecución hipotecaria.

La segunda de las cuestiones a resolver es la abusividad o no del interés ordinario del 15%.

En el año 2012, año de formalización del préstamo hipotecario, en septiembre de 2.012 el euribor se encontraba en 0,88% y el diferencial medio de las hipotecas estaba en un 1,81 %. Ello significa que como media en tipo de interés medio de las entidades bancarias pudiera oscilar sobre el 2,76%. Los intereses estadísticos publicados por el Banco de España para el año 2012 son sensiblemente superiores a los medios señalados superando el 3%. No obstante ha de tenerse en cuenta que dichos tipos medios resultaban de operaciones hipotecarias a más de 10 años.

Por ello, ha de considerarse que un tipo de interés del 15%, que quintuplica el interés medio de los préstamos hipotecarios, en una operación a un año, es un interés abusivo siendo nula la cláusula que lo impone. Es razonable pensar además, que en pleno auge de la crisis financiera, con las entidades de crédito paralizando el préstamo de dinero, semejantes condiciones se aceptaron en una situación de acuciante necesidad, máxime teniendo en cuenta que el opositor tenía deuda hipotecaria sobre las fincas que después volvió a hipotecar a favor de la ejecutante.

Por ello se declara nula la cláusula que establecía un interés ordinario remuneratorio del 15%.

La tercera cuestión a tratar es la abusividad de la cláusula del 24% de interés moratorio.

La cláusula es abusiva por superar en exceso el índice de referencia señalado en los años de concierto del contrato y para ello podemos traer a colación y reproducir la argumentación de la sección primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en su sentencia 182/2.013 de 13 de junio, que establece en sus razonamientos que cabe acoger aquí íntegramente:

"Segundo.— Previamente a entrar a conocer de los motivos de impugnación estrictamente alegados por la recurrente, este Tribunal se ve compelido a examinar de oficio la posibilidad de que una de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo puedan resultar abusivas.

Planteado el debate en ésta segunda instancia en los términos referidos en el numeral anterior, comenzaremos por recordar que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la obligación del Juez de analizar de oficio la posible nulidad de una cláusula contractual por considerarla

abusiva en defensa de los intereses de los consumidores, rollo de sala 401/2013 de esta misma sección, refrendado por la sentencia del TSJE de 30 de mayo de 2013.

La cuestión acerca de si el juzgador de instancia puede valorar de oficio el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en un contrato de préstamo, ha sido resuelta en sentido negativo por esta misma Audiencia Provincial en pleno no jurisdiccional, al entender que tales cuestiones debían debatirse en la fase del plenario para que la entidad prestamista pudiera hacer las alegaciones que estimara oportunas en defensa de la licitud del porcentaje acordado y a instancias de parte.

Sin embargo, la publicación de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en fecha 14 de junio de 2012, resolviendo la cuestión prejudicial planteada, nos lleva a reconsiderar nuestro anterior criterio, al entender que la respuesta dada por el referido Tribunal ha de estimarse aplicable no solo al juicio monitorio (que fue el supuesto concreto analizado) sino a cualquier procedimiento en el que se pretenda la eficacia de un contrato concertado con consumidores alguna de cuyas cláusulas pudiera ser considerada abusiva según la ley.

En efecto, según se recoge en la resolución expresada, el juicio monitorio, que no permite al juez que examine de oficio, in limine litis ni en ninguna fase del proceso, el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, y si ello es así, igual razonamiento ha de efectuarse en relación al procedimiento hipotecario, o cualquier otro contrato concertado con consumidores.-

Así en las jornadas sobre repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimiento de ejecución hipotecaria, se recogía en su punto tercero 3.- *El Juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE. "*

Conclusión que si bien lo es en relación procedimiento hipotecario, es evidente que su aplicación pudiera ser de forma analógica a cualquier otro procedimiento en los que intervenga un consumidor.

Tercero.- En lo que aquí nos ocupa, y a los efectos de no causar indefensión a las partes y con ello sometido a un procedimiento contradictorio se acordó en su momento dar

traslado a la parte apealada a los efectos de que alegase lo que estimase oportuno en relación a una posible cláusula abusiva, en concreto la relativa al interés de demora establecido en la póliza de préstamo firmada entre demandante y demandado.

Continuando con los pronunciamientos contenidas en las jornadas antes mencionadas sobre la repercusión de la doctrina del Tribunal Europeo, se ha de tener en cuenta en relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas refería

- 7.- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.

- 8.- Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:

-En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del artículo 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114 LH).

Hemos de atender que en el caso que nos ocupa, tales pronunciamientos procede en atención a la consideración de consumidor del ejecutado por cuanto sólo en ese caso resulta de aplicación la legislación tuitiva de consumidores y la precitada doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de modo que si no estuviéramos ante un consumidor no resultará posible el examen de oficio, del carácter abusivo de la cláusula de interés moratorio pactada por cuanto no existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que permita tal revisión.

Retomando la anterior sentencia del Tribunal de la Unión Europea de de 14 de junio de 2012 ((asunto C-618/2010), ha establecido: " que 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, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL1984/8937 y otras leyes complementarias, 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".

Y es doctrina mayoritaria en las Audiencias Provinciales (entre las resoluciones más recientes, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 13 de julio de 2012 y todas las que en ella se citan, sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 5 de julio de 2012 y Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 28 de septiembre de 2012) la que considera abusivas las cláusulas que establecen unos intereses moratorios a un tipo anual superior a 2,5 veces el legal del dinero, índice que se toma como referencia aunque no resulten aplicables directamente las previsiones del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo (Directiva 93/13 de la CEE, artículos 2 y 10 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, 10 bis de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios -actualmente, artículo 85.6 en relación con el 83 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre - y la enumeración de cláusulas de su Disposición adicional I, así como artículos 83, 85 y 89, y 19.4 Ley de Crédito al Consumo). Esta Audiencia Provincial, en pleno no jurisdiccional entendió que se consideraba abusivo el interés de demora superior al 20%, criterio que lógicamente ha de adaptarse la nueva normativa y con ello acudir al establecido en la misma en el sentido de que no sea superior al triple del interés legal del dinero.

En consecuencia, las cláusula que establece un interés moratorio del 29% son nulas por abusivas por superar en exceso el índice de referencia señalado en los años de concierto de los contratos por aplicación del Real Decreto legislativo 1/2007 y ser desproporcionados en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas de los contratos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado de los mismos productos en reiteradas fechas y teniendo presente la doctrina jurisprudencial europea expuesta en relación con la normativa especial protectora de los consumidores y usuarios, no cabe integrar las cláusulas, ni moderar los intereses abusivos, sino, sencillamente, dejar sin efecto la cláusula nula y su aplicación por superar los tipos el índice de referencia reiterado y carecer de efectos vinculantes para el consumidor, lo que conduce a excluir de la reclamación de la demandante y de la condena de la demandada los intereses moratorios.

El saldo deudor debido por la demandada correspondiente al contrato de préstamo es: de 15.265,38 euros; los intereses debidos son los legales del dinero a partir de la reclamación judicial (artículo 1.101 y 1.108 del Código civil), esto es, a partir de la solicitud de proceso monitorio, 23 de octubre 2009, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia (artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Cuarto.- Entrando ya en los motivos propios del recurso, la recurrente no cuestiona como tampoco lo hizo en la instancia, la formalización del préstamo, la recepción del dinero, así como su obligación de pago de las cuotas mensuales. Su oposición la sienta exclusivamente que el impago de las cuotas se debió a la falta de diligencia de la entidad bancaria, quien en todo momento no giraba los recibos a sus vencimientos, de modo que la demandada no podía hacer frente a su pago.

Si nos atenemos al contenido de la documental aportada como indica el Juzgador de Instancia, es evidente que la voluntad del impago no puede ser imputable a la actora, dado que con anterioridad y a los meses de abril de 2008, la parte hizo frente a su pago aunque el cargo lo fue el día 3 de abril. Por el contrario a raíz de la cuotas impagadas si nos atenemos a las fotocopias de la cartilla se observa que la demandada no hizo provisión alguna de las cantidades correspondientes a las cuotas impagadas, ni antes del 29 de julio ni en los días sucesivos, para hacer frente a su pago, es más tampoco había provisión de fondos en las fechas pactadas para el pago de la cuota.

Por lo que procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto"

Quinto.- Por último, respecto de la ultima cuestión planteada, no procede entrar a valorar la incorrecta imputación de pagos alegada a al vista que de que la nulidad de las cláusulas señaladas comportas el sobreseimiento de la presente ejecución.

Sexto.- Por todo lo expuesto se deliran Nulas por abusivas la cláusula segunda del préstamo hipotecario que ha dado lugar a la presente ejecución, declarando abusivo el interés ordinario del 15% y el interés moratorio del 24%, en virtud de lo establecido o en el artículo 82 del texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y los artículos 7 y 8.2 de la Ley de condiciones generales de la contratación y demás legislación concordante

Se desestiman el resto de motivos de oposición por los motivos expuestos

Séptimo.- Conforme a lo contemplado en los artículos 561.2 y 539.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas derivadas de la presente ejecución hipotecaria a la parte ejecutante.

PARTE DISPOSITIVA

Debo ESTIMAR y ESTIMO la oposición a la ejecución hipotecaria interpuesta por

frente a _____, realizando los siguientes pronunciamientos:

Se sobresee la presente ejecución hipotecaria acordándose el archivo de la misma al considerarse abusiva y nula la cláusula segunda del préstamo hipotecario que ha dado lugar a la presente ejecución, declarando abusivo el interés ordinario del 15% y el interés moratorio del 24%, siendo la misma determinante para la fijación de la cantidad exigible.

Se desestiman el resto de motivos de oposición por los motivos expuestos

Se imponen las costas procesales de la presente ejecución a la parte ejecutante.

Líbrese el correspondiente mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad de _____, a fin de cancelar la nota marginal practicada como consecuencia del presente procedimiento sobre el bien que ha sido objeto de la ejecución aquí despachada, que se entregará a la parte ejecutada para que cuide de su diligenciado.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de Apelación en el plazo de VEINTE DÍAS, que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Ciudad Real.

Por esta mi resolución. Lo pronuncio mando y firmo. Luis José Sáenz de Tejada Vallejo.

EL MAGISTRADO-JUEZ EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA