

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE NOVELDA

N.I.G.: 03093-41-2-2014-0002442

Procedimiento: Pieza de oposición a la ejecución [POE] - 000763/2014 - 0001-

De: D/ña. BANCO [REDACTED] SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ALMODOVAR GONZALEZ, MERCEDES y ALMODOVAR GONZALEZ, MERCEDES

AUTO Nº 92/2020

En Novelda, a trece de marzo de dos mil veinte

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de abril de 2016, se dictó por este Juzgado orden general de ejecución en procedimiento de ejecución de título no judicial registrado con número 763/2014, incoado a instancia de la entidad Banco [REDACTED] S.A. representada por la Procuradora Dña. [REDACTED] la cantidad de 10.845,21 euros en concepto de principal.

SEGUNDO.- Habiéndose dado traslado de la misma a la parte ejecutada, en fecha 3 de mayo de 2016 la Procuradora Dña. Mercedes Almodóvar González en nombre y representación de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED] presentan escrito oponiéndose a la ejecución. En fecha 27 de marzo de 2019 se dicta diligencia de ordenación dando traslado a la parte ejecutante para formular escrito de impugnación, efectuándolo en fecha 9 de abril de 2019.

TERCERO.- En fecha 23 de diciembre de 2019 se dicta diligencia de ordenación dando traslado a su S.Sª para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Alegaciones de las partes. La representación procesal de la parte ejecutada presentó escrito de oposición a la ejecución alegando como primer motivo que en el auto por el cual se despacha ejecución no se contiene mención alguna a cantidad presupuestada para intereses y costas. Sostiene la nulidad de actuaciones dado que los ejecutados efectuaron un ingreso de 3.000 euros antes de la interposición de la demanda y el mismo no viene reflejado en el acta de fijación de saldo deudor. Subsidiariamente, para el caso en que no se estime la nulidad de actuaciones, se alega pluspetición por cuanto con posterioridad a la interposición de la demanda los ejecutados han abonado la cantidad de 3.000 euros. Además alega abusividad de la cláusula relativa al redondeo de los intereses. Por su parte, la ejecutante se opone a los motivos alegados de contrario, no niega el abono

de la cantidad de 3.000 euros, asegurando que la misma ha sido descontada y no reclamada en la ejecución, considerando no abusiva la cláusula relativa al redondeo, además de que no se ha probado que los ejecutados tengan la condición de consumidores.

SEGUNDO.- Objeto del incidente de oposición. Objeto del incidente de oposición. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece taxativamente los motivos de oposición a la ejecución despachada a lo largo de los artículos 557 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil

TERCERO.- Complemento del auto por el que se despacha ejecución. Sostienen los ejecutados que el auto por el cual se despacha ejecución no contiene cantidad alguna para intereses y costas. Efectivamente, por error involuntario no se incluyó importe alguno pese a que la parte ejecutante de manera acertada sí lo solicitó en su escrito de demanda. Se considera que este extremo no causa indefensión a la parte ejecutada por cuanto al mismo se le entregó la demanda donde estaba calculado dicho importe, y también en el propio requerimiento de pago efectuado por el Letrado de la Administración de Justicia en fecha 11 de abril de 2016 se hace constar la cuantía relativa a intereses y costas. Por tanto, no procede retrotraer las actuaciones al momento del dictado del auto; sin perjuicio de que debe proceder a complementar el referido auto, extremo este que se realizará en resolución separada.

CUARTO.- Nulidad de actuaciones. El artículo 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento lo cual haya podido ocasionar indefensión.

Por su parte, y conforme determina el artículo 238 de la LOPJ los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º.- Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º.- Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave

3º.- Cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión".

En estos casos, y conforme establece el artículo 240 LOPJ, tal nulidad podrá hacerse valer por las partes, mediante los oportunos recursos, o declararla de oficio el Juez, oídas las partes, antes de que recaiga sentencia definitiva o resolución que ponga fin al procedimiento, y siempre que no proceda la subsanación.

Establece el artículo 240.3 de la LOPJ que excepcionalmente, si la resolución no puede ser ya recurrida, se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones, del que será competente para conocer el mismo Juez o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.

En el caso de autos, no procede declarar la nulidad de actuaciones, por cuanto pese a que no consta en el acta de fijación de saldo deudor el importe de 3.000 euros abonado por los ejecutados, ello lo es como consecuencia de que el ingreso se produce en el ínterin entre la fijación del saldo deudor y la presentación de la demanda ejecutiva, y la propia ejecutante lo descuenta de la demanda, por lo que se considera que en modo alguno se está causando indefensión a la parte ejecutada, debiendo en consecuencia desestimarse la petición de nulidad de actuaciones.

QUINTO.- Pluspetición. Sostiene la parte ejecutada que los ejecutados procedieron a efectuar un nuevo pago de 3.000 euros en el ínterin entre el dictado del auto por el que se despacha ejecución y la notificación de la demanda ejecutiva. Efectivamente, consta

efectuado el pago de parte de la deuda, pero el mismo se realiza en fecha posterior al dictado del auto despachando ejecución, por lo que más que pluspetición debe estimarse el pago parcial de la deuda. La consecuencia de ello es que debe reducirse el importe inicialmente reclamado (10.845,21 euros) en 3.000 euros, quedando por tanto la cantidad de 7.845,21 euros.

SEXTO.- Oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas. Examen de las cláusulas tachadas de abusivas.

Sostiene la parte ejecutada que el préstamo suscrito contiene cláusulas abusivas, en concreto la relativa al redondeo. El ejecutante en cambio niega tal abusividad además de sostener que no se ha acreditado que los ejecutados tengan la condición de consumidores.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con entrada en vigor al día siguiente, ha modificado el artículo 557 de la LEC, relativo a la oposición a la ejecución no fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, introduciendo el nº7 del apartado 1º, según el cual la oposición podrá fundarse en "que el título contenga cláusulas abusivas". Asimismo, ha modificado el artículo 695 LEC, introduciendo como causas de oposición en el nº4 del apartado 1 "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible".

Ahora bien, ello es de aplicación cuando el ejecutado tiene la condición de consumidor. Y es que como señala la S.A.P. de Barcelona, S. 13 de 24 de enero de 2013 "El punto 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, menciona como abusivas las "(c)cláusulas que tengan por objeto o por efecto: (...) q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...)". A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, "no vincularán al consumidor", en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y (los Estados miembros) dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos está garantizada en los arts. 8 b, 29.1 h y 80 a 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (ley 7/1995 sobre el contrato de crédito al consumo, derogada por la ley 16/2011 de 24 de junio , en vigor desde el 25.9.2011, cuya DT dispone su inaplicación a "los contratos de crédito en curso"), del que excluimos la aplicación del art. 83, conforme a la STJUE. Así: el art. 80.1 c del Real Decreto Legislativo dice que "(e)n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos(...) c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas"; el art. 82 establece que se consideran cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no

negociadas individualmente y todas aquellas 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" y añade que "(e) el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato" y que "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"; este mismo precepto establece que "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" y que "(e)n todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

El art. 87 aclara que son abusivas por falta de reciprocidad "las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contrarias a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular (...) 6... la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados"; el art. 88 dice que son cláusulas abusivas sobre garantías las que supongan "1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido" y el art. 89 considera como cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, "5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación" y "7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo "

El art. 83, en la parte que persiste, establece las consecuencias: "(l)as cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas" y no podemos llevar a cabo ningún proceso de integración, a la vista de la repetida doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ..., por lo que deberemos declarar su total ineficacia.

2ª.- De otro lado, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores Hipotecarios, ha modificando el art. 695 de la LEC, incluyendo como causa de oposición en su número 1º-4ª "El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible"; con lo que no pueden ser opuestas todas las cláusulas abusivas sino únicamente aquellas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible"

En el caso de autos, los ejecutados poseen la condición de consumidores, se trata de personas físicas, que suscribieron la hipoteca a título personal y en su propio nombre y derecho, y ello pese a que posean varias fincas rústicas. Por tanto, sí debe entrarse a conocer sobre la posible abusividad de la cláusula relativa al redondeo.

La cláusula tercera bis relativa al tipo de interés variable, recoge el redondeo al alza "al más cercano múltiplo de un cuarto de punto". La parte ejecutante no niega la aplicación de dicho redondeo en la liquidación, sosteniendo que dicha cláusula no es abusiva. Dicho lo cual, actualmente el artículo 87.5 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) dispone que son abusivas "las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva...". Y, con arreglo a la anterior normativa, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en vigor cuando se suscribió el contrato de autos, el Tribunal Supremo ya consideró abusivas cláusulas de este tipo.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2/3/11, declaró lo siguiente: "...2.- Redondeo. La cláusula de redondeo del tipo inicial, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito entre la entidad Bancaria y el cliente, está redactada literalmente de la siguiente forma: "Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeara al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo".

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, en auto dictado el 20 de noviembre de 2019 señala lo siguiente: "Es hecho probado de la sentencia que el Banco no ha acreditado que la cláusula de redondeo al alza ha sido negociada individualmente y que su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para estas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo.

Este argumento se mantiene. La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...".

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, debemos concluir que la cláusula no cumple los requisitos de transparencia exigidos por el Tribunal Supremo en contratos celebrados con consumidores. Está situada en la página siete de las nueve referidas al interés ordinario, dentro del apartado 3 bis referido a la revisión del tipo de interés, y está ubicada entre una abrumadora cantidad de datos referidos a muy diversas cuestiones, que lo que hicieron fue diluir y enmascarar la importancia de la misma y atribuirle un carácter secundario, que no era el que correspondía a un elemento principal del contrato, por lo que no puede considerarse que cumpla el requisito de la transparencia.

Procede declarar abusiva la mencionada cláusula, con la consecuencia de que deberán recalcularse las cantidades adeudadas sin aplicar la misma”.

Ello es enteramente aplicable al supuesto de autos, debiendo en consecuencia declarar la nulidad de la referida cláusula, teniendo la misma por no puesta, debiendo la parte ejecutante efectuar nuevamente el cálculo de la liquidación teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, rebajando del importe inicialmente reclamado la cantidad de 3.000 euros, y recalculando los intereses.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas del presente incidente de oposición a la ejecución, debido a que el mismo ha sido estimado parcialmente no se hará expresa imposición de las mismas debiendo cada parte asumir las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se estima en parte la oposición formulada por la Procuradora Dña. Mercedes Almodóvar González en nombre y representación de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED] acordando se levante la suspensión acordada y que la ejecución siga su curso ordinario, requiriendo a la parte ejecutante para que en el plazo de diez días efectúe nuevamente el cálculo de la liquidación teniendo en cuenta todas las anteriores consideraciones, esto es, rebajando del importe inicialmente reclamado la cantidad de 3.000 euros, y recalculando los intereses.

No se hace expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente incidente de oposición.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente resolución, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Alicante.

Así lo acuerda, manda y firma, [REDACTED], Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Novelda.

"En relación con los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)."