



Roj: **AAP M 539/2015** - ECLI: **ES:APM:2015:539A**

Id Cendoj: **28079370142015200038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **18/06/2015**

Nº de Recurso: **4/2015**

Nº de Resolución: **205/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN LUCAS UCEDA OJEDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0000175

Recurso de Apelación 4/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 31 de Madrid

Autos de Ejecución Hipotecaria 360/2012

APELANTE: FINANCIERA CARRION S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO

PROCURADOR D. ALVARO MARIO VILLEGAS HERENCIA

APELADO: Dña. Felisa

PROCURADORA Dña. MARIA DEL MAR HORNERO HERNANDEZ

A U T O

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

Siendo Magistrado Ponente D. JUAN UCEDA OJEDA

En Madrid, a dieciocho de junio de dos mil quince.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Ejecución Hipotecaria 360/2012 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 31 de Madrid, en los que aparece como parte apelante FINANCIERA CARRION S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO E. F. C. representada por el Procurador D. ALVARO MARIO VILLEGAS HERENCIA, y defendida por el Letrado D. GABRIEL RAMOS LONGO y como apelado Dña. Felisa representada por la Procuradora Dña. MARIA DEL MAR HORNERO HERNANDEZ, y defendida por el Letrado D. VICENTE GIL MIRA.

HECHOS



PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 31 de Madrid se dictó Auto de fecha 23/10/2014 , cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:" DECLARO nula y por no puestas las Cláusulas Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta y Sexta bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, suscrito entre FINANCIERA CARRION SA EFC, Y Dª Felisa .

La declaración de nulidad, determina IMPROCEDENCIA de la ejecución y en consecuencia el sobreseimiento de la ejecución.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte ejecutante."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante FINANCIERA CARRION S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO E.F.C. al que se opuso la parte apelada Dª Felisa y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 3 de junio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Nos corresponde analizar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 23 de octubre de 2014 que ordenó el sobreseimiento del procedimiento de ejecución de hipoteca inmobiliaria iniciado a instancias de la sociedad anónima Financiera Carrión E.F.C. contra doña Felisa , al apreciar la nulidad por abusividad de determinadas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario que impedían la continuación de la ejecución.

A juicio de la juzgadora de instancia el contrato de préstamo con garantía hipotecaria resulta un tratado completo y paradigmático de contrato abusivo, ininteligible, contradictorio en sí mismo, absolutamente desproporcionado, perjudicial y contrario a la buena fe. Las cláusulas contenidas en el contrato son abusivas, cuando no absurdas y contradictorias, como la que regula el vencimiento anticipado por impago de cuotas cuando el capital con sus intereses se deben devolver en un solo pago (cláusula sexta bis), y poco claras, como la que define el modo de hacer efectiva la devolución del préstamo(cláusula segunda) que parece exigir que el pago se haga en efectivo y en el domicilio de la entidad de crédito, lo que resulta inviable y fiscalmente improcedente.

En definitiva, considera nulas y se tienen por no puestas las cláusulas financieras segunda (amortización), tercera (intereses ordinarios), cuarta (comisiones), quinta (gastos a cargo de la parte prestataria), sexta (intereses de demora) y sexta bis (resolución anticipada por la entidad de crédito) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, considerando que tal declaración de nulidad impide, en función de lo dispuesto en el artículo 561, 1 , 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, en cuanto que tal nulidad hace imposible la determinación de una deuda líquida ni, por tanto, los intereses exigibles.

SEGUNDO.- FINANCA S.A. presentó recurso de apelación contra el referido auto invocando los siguientes motivos para solicitar su revocación:

1.-Infracción de los artículos 695, apartado 2 de la LEC y 24 de la CE , lo que ha provocado una absoluta indefensión a esta parte, ya que en el acto de la comparecencia celebrada el día 13 de octubre de 2014 se inadmitió la totalidad de la prueba propuesta por la parte ejecutante.

2.- Se obvia que el control judicial de abusividad se circunscribe a las estipulaciones contractuales que hayan tenido virtualidad en la ejecución instada y no sean condiciones esenciales (precio) de la contratación. El precio y su relación con el objeto del contrato, no pueden someterse a un control de reciprocidad en cuanto no es posible un control judicial de precios.

Por tanto no son controlables la cláusula financiera segunda (plazo de amortización) y la cláusula financiera tercera (interés remuneratorio) salvo que no se redactaran de forma clara y comprensible, lo que no ocurre en este caso.

Solamente pueden ser objeto de análisis el resto de las supuestas cláusulas abusivas, pero debe tenerse en cuenta que la condición referente al interés moratorio se adecuó a la Disposición Transitoria Segunda de la ley 1/2013 de 14 de mayo y que las referentes a comisiones, gastos, y vencimiento anticipado no son efectivas en la determinación de la cantidad cuyo despacho se solicita.



Se cumplió de forma escrupulosa con los requisitos de transparencia e información previa al consumidor exigido a las entidades financieras. Se ha acreditado que le fue entregado un folleto informativo al solicitar el préstamo y que se hizo entrega de la oferta vinculante y en la firma la escritura intervino un notario que manifestó que el consentimiento había sido prestado libremente y se adecuaba a la voluntad libre y debidamente informada de los comparecientes.

3.- El Auto dictado por el Juzgado de Instancia no valoró adecuadamente las alegaciones efectuadas en nuestro escrito de fecha 5 de julio de 2013 respecto a las condiciones financieras impugnadas.

4.- Infracción del artículo 695.3, párrafo segundo de la LEC, ya que la nulidad de las estipulaciones tachadas de abusivas no fundamentan la ejecución despachada, ni provocan el sobreseimiento de la ejecución, por lo que, cualquiera que fuese el criterio que se adoptase sobre las mismas puede y debe seguirse adelante con la ejecución despachada sin aplicación de las cláusulas afectadas.

5.- No procede la imposición en costas a ninguna de las partes en los incidentes de control de abusividad dentro del procedimiento ejecutivo fijado en los artículos 552.1, párrafo segundo, 557.1.7 y 695.1.4º de la L.E.C., en cuanto el legislador no ha indicado nada al respecto.

Aunque no se tuvieran en cuenta tales apreciaciones, no puede desconocerse que al tratarse de una materia muy discutida y casuística debe apreciarse la existencia de una seria dificultad jurídica que permite al tribunal separarse del principio objetivo del vencimiento en materia de costas procesales.

TERCERO.- A la hora de valorar la admisión de la prueba propuesta por la entidad ejecutante en el acto de la comparecencia, a la que fueron citadas las partes tras la oposición mostrada por la ejecutada, no debemos olvidar que las partes en los escritos que precedieron al acto de la comparecencia aportaron los documentos que estimaron adecuados y que tratándose de un procedimiento de ejecución hipotecaria y las fuertes limitaciones de cognición que impone el artículo 698 de la LEC, el juzgado solo podía analizar la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca, sin que pudiera entrar a conocer el modo en que se le entregó el dinero prestado o a valorar el destino que se le dio al mismo, ni la posible condición de usuarios de los intereses ordinarios ni la condición de la ejecutada y su posible desconocimiento del contrato que estaba realizando; desde tal perspectiva, como ya indicamos en el auto que denegó la práctica de prueba en esta segunda instancia, no consideramos que fuera necesaria más prueba de la que se había aportado al procedimiento.

Por tanto, deberemos proceder a revisar este recurso de apelación analizando las cláusulas que han sido consideradas abusivas.

CUARTO.- Comenzaremos por el análisis de la cláusula relativa a los intereses moratorios (cláusula financiera sexta). Es indudable que la misma debe considerarse abusiva ya que se fijan en un 29% anual que supone "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (artículo 85.6. de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios), más aun cuando para cuantificar los mismos se permite que se capitalicen los intereses ordinarios.

Respecto del pacto de capitalización de intereses el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria establece que "los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Ciertamente este artículo se introduce tras la reforma llevada a efecto por la Ley 1/2013 para la concesión de los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual; sin embargo de nuevo hay que indicar que la reforma no hace sino introducir pautas interpretativas para apreciar abusividad.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, indica que para calibrar el carácter abusivo de los intereses moratorios deben analizarse "las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos" (apartado 74 de la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2013). Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, indica "que el consumidor haya incumplido su obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo en las fechas fijadas en el contrato no justifica que puedan anudarse cualesquiera consecuencias a tal incumplimiento contractual, sin respetar la proporcionalidad con el perjuicio que al profesional causa tal incumplimiento"



En definitiva, debe vigilarse, primordialmente, si existe proporcionalidad entre la indemnización que por incumplimiento se impone al consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario por no recibir y poder disfrutar del dinero en la fecha pactada, por tanto si el interés legal del dinero se encuentra en este momento en un cuatro por ciento, no resulta difícil afirmar que un aumento de 25 puntos respecto al mismo carece de justificación para cubrir la finalidad a la que deben atender los intereses moratorios. Además, si analizamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 22 de abril de 2015, veremos que la misma, para los contratos de préstamo sin garantía real, considera abusivos las cláusulas no negociadas que supongan un incremento de más de dos puntos porcentuales del interés remuneratorio pactado.

En su recurso la entidad apelante no se ha ocupado de explicarnos el perjuicio real sufrido por el incumplimiento de la ejecutada, sino de recordarnos que los intereses moratorios tienen una finalidad punitiva, operando exclusivamente tras un incumplimiento contractual y que debe rechazarse la abusividad al haberse recalculado por la entidad ejecutante los intereses moratorios de acuerdo con el contenido del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y de la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo que permite recalcular los intereses moratorios con un tipo que no sea superior a tres veces el interés legal del dinero.

Sobre la eficacia de tal precepto a la hora de analizar la abusividad de tales cláusulas con los consumidores se ha pronunciado la sentencia del TJUE de fecha 21 de enero de 2015 que en su parte dispositiva indica que "el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

No prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la citada Directiva".

Siguiendo el criterio adoptado por esta Sección en anteriores resoluciones, dado como no estamos vinculados por la normativa nacional ni por el recalcular de intereses efectuado por la entidad demandante al iniciar este procedimiento, consideramos adecuado aplicar las consecuencias naturales de la nulidad de la estipulación octava sobre intereses moratorios, sin integrar ni minorar sus efectos. Por tanto, también, debemos rechazar que se apliquen sobre la cantidad reclamada unos intereses de demora al tipo del 12%.

QUINTO.- No es cierto que no se haya hecho aplicación de las cláusulas financieras cuarta y quinta de la escritura de hipoteca (comisiones y gastos) para determinar el importe de la cantidad exigida en la demanda de ejecución, ya que, tras analizar el documento nº1 aportado por la entidad ejecutante(ver folio 190) con el escrito de fecha 5 de julio de 2013 en el que contestaba al presentado por la parte ejecutada en el que se denunciaba la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca, resulta evidente que se ha hecho aplicación de la comisión de apertura y que se ha cargado a la parte prestataria gastos relacionados con la formalización e inscripción del préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad.

Las entidades de crédito suelen cobrar la comisión de apertura en concepto de los trámites que tienen que realizar para formalizar el acuerdo y poner a disposición del futuro hipotecado el dinero objeto del préstamo. La misma se fija sobre un porcentaje de la cantidad que se presta y el usuario habitualmente abona esa cantidad en pago único en el momento de formalizar la operación. En ella se deben incluir los gastos de estudio, mediante los que se verifica el riesgo de la operación y la solvencia del usuario que solicita el préstamo.

El artículo 87.5 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios considera 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.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Por tanto si consideramos que esta comisión no se corresponde con un servicio realmente prestado al consumidor deberemos declarar su nulidad por abusividad, que es lo apreciamos en este caso, pues en función de los términos del contrato, devolución del préstamo con intereses al año de su formalización, y la condición de la prestataria, persona mayor de edad y con ingresos muy limitados, consideramos no se ha debido hacer



ningún estudio mínimamente serio de los riesgos de la operación sino que FINANCIERA CARRION se ha limitado a aprobar la operación confiada exclusivamente en la existencia de un inmueble, precisamente la vivienda habitual de la ejecutada, que garantizaba la operación.

Por tanto, debemos mostrarnos conformes con la resolución de instancia, ya que, al menos, esta comisión de apertura es inaceptable por abusiva, comisión que, además, importa una cantidad muy elevada (2.100 €, el 6% del capital objeto del contrato) sobre todo cuando, al margen, se ha cobrado con carácter independiente los gastos de tasación de la finca y todos los otros gastos necesarios para formalizar el contrato de préstamo hipotecario.

SEXTO.- Estamos de acuerdo con la manifestación de la entidad ejecutante de que las cláusulas 2 y 3 forman parte del precio y por ello, del objeto principal del contrato, por lo que debemos tener presente que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", claridad que debe predicarse tanto sobre el capital entregado que genera los intereses, como sobre el tipo de interés aplicado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que analizo las denominadas cláusulas suelo dentro de la escrituras de hipoteca inmobiliario, indica que "en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores. La referida sentencia añade "ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]"; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de la interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

La exigencia de transparencia «tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva. [70] Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (...). [71] Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical. [72] Por el contrario, (...) toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (STJUE 30.4.2014 , Kásler 69-72).

Es preciso, por tanto, que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato, pues con el control de transparencia se pretende que "no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que



pueda pasar inadvertida al adherente medio"(sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015).

En principio con la lectura de las cláusulas podríamos pensar que no existe problema de claridad ni de transparencia por la sencillez de la operación, préstamo a devolver en un año y con un tipo fijo de interés, pero cuando aplicamos o revisamos la operación con la documentación acompañada por la propia entidad ejecutante desaparece la supuesta sencillez y simplicidad.

En primer lugar comprobamos que la simple operación matemática de aplicar unos intereses al 16,950% por el periodo de un año a un capital de 35.000 euros no ofrece el resultado que aparece en la escritura, ya que los mismos ascenderían a 5.932,50 € y no a los 6.014,90 euros que son los imputados, salvo que tengamos en cuenta que se ha computado el año natural por 360 días en vez de 365, lo que solamente se comprueba tras analizar la fórmula matemática aplicada que no se presenta transparente en el sentido exigido por la doctrina que acabamos de analizar, ya que no se advierte al consumidor de un modo expreso y claro de las circunstancias especiales con las que se van a ir computando los intereses, sin que conozcamos si el interés moratorio se debía computar del mismo modo, pues se incluye dentro de una fórmula matemática que resulta muy difícil de comprender para la señora Felisa y para cualquier consumidor medio.

Además la situación se complica más cuando nos damos cuenta que en la escritura se indica que el inicio del devengo se fija en el momento de la entrega del capital y sobre el capital entregado, sin que conste información alguna en la escritura, pues ello lo hemos conocido en documentos que se han acompañado posteriormente por la parte ejecutante (ver folio 190 y ss), que el capital "entregado" no se corresponde con el que se refleja en la escritura ya que se han detraído una importante suma, más de cuatro mil euros, para abonar impuestos, gastos para la formalización de la operación y comisiones, y entre ellos vemos que se encuentra la comisión de apertura que hemos declarado abusiva, y una provisión de fondos que han sido devuelta en parte a la prestataria, por lo que se cargan intereses de cantidades de las que indebidamente nunca disfrutó ni se benefició el ejecutado o, en el caso de la provisión de fondos, de las que ha disfrutado durante un periodo inferior al que se le cargan los intereses, pues durante los dos primeros meses desde la firma del contrato, en que se inicia el devengo de los intereses, fue la gestoría, a quien se encomendó la liquidación de impuesto y la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, quien retuvo ese dinero y no el prestatario que solo recibió la citada cantidad dos meses después de formalizado el préstamo.

Por tanto no existe información alguna al consumidor que permita conocer que el concepto cantidad entregada no se corresponde con el dinero que recibe para destinarlo a las necesidades que fueron expuestas al concertar la escritura, financiar obras y servicios de su interés, y que por ello se le están cobrando intereses sobre cantidades que nunca recibirá o que recibirá en un tiempo que no se corresponde con el devengo de los intereses.

Obviamente estas circunstancias, que inciden no solo en la transparencia sino en la claridad que es predicable de las condiciones generales , crean un desequilibrio evidente entre los derechos y obligaciones de las partes que nos permiten afirmar que se trata de unas cláusulas abusivas, ya que no solo afecta al modo de computo de los intereses sino que incide sobre el capital sobre el que se están aplicando los mismos.

SEPTIMO.- El artículo 695. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que cuando se aprecie la existencia de cláusulas abusivas se "acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución" y que en otro caso "se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva".

Normalmente en los procesos de ejecución el capital efectivamente entregado y que es adeudado aparece claro e indiscutido en el título, con lo que resulta sencillo eliminar las comisiones, gastos, o intereses moratorios que hayan sido calificados de abusivos y tras comprobar que se ha realizado correctamente tal operación, continuar la ejecución sabiendo que las cláusulas abusivas nulas no van a tener incidencia alguna en la cuantía que está siendo objeto de ejecución, por lo que el apartado segundo del artículo 695.3 de la LEC antes citado será de aplicación prioritaria en estos procedimientos.

Pero en este caso, cuando se está poniendo en duda no solamente el tipo de interés aplicado sino la cantidad realmente entregada y aquella sobre la que está aplicando el interés, no podemos asegurarnos que, tras seguir los trámites que concede la ley a esta oposición, se pueda seguir adelante la ejecución sin incidencia de las cláusulas abusivas, a tal efecto debemos señalar que, además de los gastos de gestoría, se han detraído del capital una suma de 350 euros por gastos de Registro de la Propiedad y sabemos, con la propia documentación que acompaña la ejecutante(ver folios 44 y 46), que los mismos solo ascendieron a 137,31 euros y no conocemos si en la liquidación que se le practicó se hizo una liquidación completa de todo el dinero o solo se tuvieron en cuenta los gastos de la gestoría como parece dar a entender el documento suscrito por las partes(ver folio 19).



La ley ordena que se sobresea el procedimiento cuando quede afectadas estipulaciones que sirvan de fundamento de la ejecución, entre las que debemos incluir aquellas que delimitan la cantidad o capital que ha sido realmente entregado y que es el objeto esencial del proceso de ejecución, lo que ocurre en este supuesto como hemos expuesto al analizar las cláusulas que regulan las comisiones y los intereses ordinarios, por lo que debemos entender que es más adecuado confirmar la resolución del juzgado de instancia y remitir a la parte ejecutante a un proceso declarativo donde pueda darse explicación a todas estas observaciones y otras relacionadas con la materia y donde pueda concretarse el importe que es realmente debido en función de las circunstancias que hemos apuntado con anterioridad y cualesquiera otras que pudieran incidir en el capital sobre el que pueda aplicarse el interés.

OCTAVO.- En cambio debemos considerar correcto que no se haga expresa imposición en materia de costas a la parte ejecutante, en cuanto creemos que esta materia, que no tiene una regulación extensa en la LEC y para la que es determinante la doctrina que dicte el TS y el TJUE al aplicar la Directiva 93/13/CEE, presenta diversos matices sobre los que existe opiniones divergentes y la aplicación del artículo 695.3 de la LEC, al regular los supuestos en que debe acordarse el sobreseimiento o la continuación de la ejecución, presenta especial dificultad jurídica en este supuesto concreto(artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Aunque se haya desestimado el recurso de apelación, no haremos pronunciamiento expreso en materia de costas al compartir el criterio de la resolución apelada y considerar que la cuestión debatida y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 la presenta múltiples matices que han dado lugar a interpretaciones diversas y resoluciones contradictorias, en definitiva por apreciar la concurrencia de circunstancias especiales que aconsejen abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En consecuencia, tampoco se hará pronunciamiento expreso sobre las costas devengadas en esta segunda instancia (artículo 398. 2 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad anónima FINANCIERA CARRION ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador don Álvaro Mario Villegas Herencia, contra el auto dictado el día 23 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid en el procedimiento de ejecución de hipoteca inmobiliaria registrado con el número 360/2012, debemos revocar y revocamos la referida resolución exclusivamente, manteniendo el resto de la parte dispositiva, en el pronunciamiento en materia de costas decretando que no debe hacerse pronunciamiento expreso sobre las mismas.

Tampoco se hace pronunciamiento sobre las costas procesales de esta segunda instancia.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a 28 de julio de 2015.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.