



Roj: **AAP CO 106/2015 - ECLI:ES:APCO:2015:106A**

Id Cendoj: **14021370012015200099**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2015**

Nº de Recurso: **189/2015**

Nº de Resolución: **187/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA**

### **SECCIÓN PRIMERA CIVIL**

**Rollo Apelación núm. 189/2015 .**

Juzgado: Primera Instancia núm. TRES de Posadas

Procedimiento: Ejecución Hipotecaria núm. 689/2013

**AUTO Nº 187/15**

**Ilmos. Sres :**

**Presidente:**

D. Pedro Roque Villamor Montoro

**Magistrados:**

D. Felipe Luis Moreno Gómez

D. Pedro José Vela Torres

En Córdoba, a treinta y uno de marzo de dos mil quince.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los Antecedentes de Hecho del Auto recurrido y,

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. TRES de Posadas (Córdoba), con fecha 10 de diciembre de 2014, en el procedimiento Ejecución Hipotecaria núm. 689/2013, se dictó auto cuya parte dispositiva dice: " SE ESTIMA PARCIALMENTE LA CAUSA DE OPOSICIÓN alegada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> . Inmaculada Chastang Reyes, en nombre de D. Constancio frente a Caixabank, S.A., y en consecuencia:

a) SE DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA QUE FIJA EL INTERÉS DE DEMORA.

b) NO DECLARAR ABUSIVA LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

c) SE DECLARA ABUSIVA LA CLAUSULA TERCERA "INTERESES ORDINARIOS" en su apartado 7º que fija el tipo mínimo de interés 3,95 % y máximo del 15 %, requiriéndole a la parte ejecutante a fin de que presente en el plazo de un mes una nueva liquidación de los intereses aplicados al préstamo de conformidad con el interés legal y del tipo del euribor pactado (1,00 punto).

d) No procede acordar la condena en costas declarándose de oficio. "

**SEGUNDO** .- Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra. NOVALES DURAN, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A., asistido del Letrado Sr. FERNANDEZ-CARRILLO FUENTES, dándose traslado a la parte, D. Constancio , representado por la Procuradora Sra. CHASTANG REYES y asistido



por el letrado Sr. CARMONA SARAVIA quien presentó escrito de oposición al recurso, personándose en esta alzada.

**TERCERO** .- Remitidas las actuaciones a la Audiencia, correspondió a este Tribunal, formándose el correspondiente rollo y turnándose de ponencia al Magistrado Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, a quien se le hizo entrega para resolver, que antes de dictar la resolución, se acordó oír a las partes sobre el control de oficio de la consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula suelo, haciendo cada parte las alegaciones que consideró oportunas.

La sala se reunió para deliberación el día 25 de marzo de 2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta parcialmente la fundamentación jurídica de la resolución apelada, en cuanto no se oponga a la que continuación se expone

**PRIMERO** .- Promovido por el prestatario incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria, alegando la existencia de diversas cláusulas abusivas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria objeto de ejecución, que el juzgado estimó parcialmente, se recurre dicho auto en apelación por la parte ejecutante, que pretende que se deje sin efecto el recálculo de los intereses **remuneratorios** y moratorios acordado en el auto apelado. Los moratorios, por cuanto en todo caso sería de aplicación el límite fijado en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria . Y los **remuneratorios**, porque supondría dar eficacia retroactiva a la nulidad de la cláusula suelo, en contra de lo establecido por la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . No obstante, este tribunal antes de resolver, dictó providencia acordando oír a las partes sobre la posibilidad de que la declaración de abusividad de la cláusula de limitación de la variabilidad de los intereses **remuneratorios** ("cláusula suelo") tuviera como consecuencia el sobreseimiento de la ejecución, sobre la base de las siguientes consideraciones: 1) Que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretativa de la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, a partir de la STJCE de 27 de junio de 2000, caso Océano vs. Murciano Quintero , obliga a los tribunales nacionales al control de oficio de las cláusulas abusivas; 2) Que el artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , aplicable a cualquier ejecución de título no judicial, establece que cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia a las partes; 3) Que es criterio unánime y constante de esta Audiencia Provincial, a partir del Auto de 27 de enero de 2014 , que la aplicación por parte de la entidad prestamista de una cláusula suelo abusiva hace que la cantidad reclamada en concepto de interés **remuneratorio** sea inexigible, por lo que incidiendo ello en el fundamento de la ejecución, la consecuencia procedente es el sobreseimiento de la misma ( art. 695.3 LEC ); 4) Que el control de oficio sobre la abusividad de las cláusulas se extiende al control sobre las consecuencias de la declaración de abusividad; 5) Que conforme a la jurisprudencia del TJUE, antes de adoptar cualquier medida, el tribunal habrá de conceder al ejecutante y al consumidor la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga (por todas, STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 : Banif Plus Bank Zrt vs. Csaba Csipai).

**SEGUNDO**.- Respecto de la primera alegación, relativa a los **intereses moratorios**, aunque era criterio de esta Audiencia Provincial aplicar el límite cuantitativo invocado por la entidad recurrente, ha tenido que ser cambiado tras haber recaído la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13, cuestión prejudicial del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Marchena), que ha declarado que, aun no siendo la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 contraria a la Directiva 93/13, ello no empece a que el tribunal nacional pueda enjuiciar la abusividad de la cláusula de **intereses moratorios** en concreto, y en su caso, ordenar su exclusión del contrato. Como es sobradamente conocido y ha puesto de manifiesto esta Audiencia Provincial en numerosas resoluciones, la declaración de abusividad de una cláusula de **intereses moratorios** plantea el problema de la posibilidad de aplicación de algún tipo de interés por la demora, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con alguna vacilación, como resulta de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de abril de 2014 ) no permite integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas. En concreto y con referencia al ordenamiento jurídico español, la mencionada STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010 ) declaró la incompatibilidad del entonces vigente art. 83 TRLCU - que permitía dicha integración- con el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE , dado que si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en contratos celebrados con consumidores, esa facultad perjudicaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, puesto que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas sabiendo que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que



fuera necesario. Como consecuencia de dicha doctrina del TJUE, se reformó el mencionado art. 83 TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dándole la siguiente redacción: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». No obstante, quedaba la duda de si, expulsada la cláusula del contrato, podía aplicarse una disposición legal de derecho dispositivo, tal como el artículo 1.108 del Código Civil o el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, como venía haciendo esta Audiencia Provincial, sobre la base de la inconveniencia, desde el punto de vista de las normas generales sobre cumplimiento de las obligaciones, de que la inaplicación de ningún interés por el incumplimiento pudiera favorecer esta conducta antijurídica, e incluso suponer un enriquecimiento injusto para el deudor moroso. Sin embargo, la citada STJUE de 21 de enero de 2015 ha declarado que en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disp. trans. 2.ª Ley 1/2013 (el triple del interés legal), tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar la medida moderadora prevista en la norma, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13/CEE, procediendo, en su caso, a la anulación de la misma, sin estar facultado para modificar su contenido, ni tampoco para aplicar una norma de derecho nacional si ello resulta más perjudicial para el consumidor que la inaplicación de la cláusula declarada abusiva. Como resultado de todo lo cual, esta Audiencia Provincial ha adaptado su criterio a este nuevo pronunciamiento, a partir del auto de 2 de febrero último, en el que establecimos que la consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula de **intereses moratorios** debe ser la inaplicación de cualquier interés de demora, puesto que ni el contrato puede ser integrado (artículo 83 TRLCU), ni ya es posible, conforme a la STJUE 21 enero 2105, la aplicación supletoria de una norma nacional de derecho dispositivo. Como consecuencia de todo lo cual, este primer motivo de apelación debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Más compleja deviene la resolución del otro motivo de apelación, pues como hemos adelantado, la cuestión no se contrae ya, a criterio de este tribunal, a si es posible o no el recálculo de los intereses **remuneratorios** tras la eliminación de la cláusula suelo, sino a la consecuencia procesal de la apreciación de abusividad de la misma, que conforme a resoluciones constantes de esta Audiencia Provincial debe ser el sobreseimiento de la ejecución y no el mero reajuste de intereses. Lo que, como hemos dicho por ejemplo en Auto de esta Sección de 15 de enero de 2015, entronca con la obligatoriedad del control de oficio que en esta materia viene propugnando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la STJCE de 27 de junio de 2000, caso Océano vs. Murciano Quintero, al interpretar la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y que el legislador español ha incorporado a nuestra legislación interna, mediante los artículos 552.1, 681.1 y 695.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el mencionado Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores *"tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello"*; lo que fundamenta en dos argumentos básicos: por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes contratantes en contratos de adhesión ( STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto ); y por un objetivo de política general manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas ( STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro ). En este orden de ideas, señaló la STJUE de 4 de julio de 2009 (caso Pannon) que *"el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula"*. Siendo finalmente destacable como la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) obligó a las modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 1/2013, en la medida que consideró contrario a la mencionada Directiva 93/13/CEE que el procedimiento de ejecución hipotecaria no permitiera al juez el examen de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en los contratos que servían de título ejecutivo.

**CUARTO.-** En esta tesitura, venimos considerando que, en materia de control de abusividad de cláusulas incluidas en contratos celebrados con consumidores, el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser modulado interpretativamente, a fin de conciliar su contenido con las posibilidades de control de oficio antes referenciadas. Por ello, además de las cuestiones planteadas por la ejecutante, también es procedente revisar de oficio, en la medida que ello redundaría en un palmario beneficio para el consumidor ejecutado, si los efectos "procesales" de la apreciación de la abusividad de la cláusula suelo son el mero "recálculo" establecido en la resolución apelada o, por el contrario el sobreseimiento de la ejecución. En relación con lo cual, ha de indicarse que en cuantas ocasiones este Tribunal ha debido pronunciarse sobre ello (entre otras muchas, autos de 27 de enero, 10 de marzo, 16 de julio, 4, 5 y 13 de noviembre de 2014), siempre ha considerado, sin que al día de hoy hayamos encontrado razón suficiente para motivadamente mudar de criterio, que la consecuencia procesal de la apreciación de abusividad de una cláusula suelo (sea cual sea el más o menos avanzado estado procesal



del procedimiento de ejecución hasta que efectivamente se haya llevado a cabo el lanzamiento) debe de ser el sobreseimiento del proceso y no la posibilidad de que la entidad financiera presente una nueva liquidación de su crédito recalculando los intereses **remuneratorios** sin considerar la cláusula suelo en cuestión. Sirva como corolario de la referida reiteración argumentativa el condesado reflejado en la citada resolución de 13 de noviembre pasado: << Señalaba el auto de esta misma Sección de 27 de enero de 2014 y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones posteriores, que la aplicación por parte de la entidad prestamista de una cláusula suelo abusiva hace que la cantidad reclamada en concepto de interés **remuneratorio** sea inexigible, por lo que incidiendo ello en el fundamento de la ejecución, la consecuencia procedente es el sobreseimiento de la misma ( art. 695.3 LEC ). Debiendo tenerse en cuenta que una cláusula suelo es determinante del precio, pues establece la remuneración que el prestatario debe abonar al prestamista, de forma que éste ha dado por vencido el préstamo en virtud de que la ejecutada ha dejado de pagar cantidades que habían sido calculadas conforme a una cláusula ineficaz (por no superar en el caso concreto el control de transparencia). La liquidación que sirve de fundamento a la ejecución es, por ello, incorrecta. Incorrección que afecta al precio y a las cuotas cuyo impago determina el procedimiento de ejecución. Es cierto que la liquidación puede reflejar los efectos de otras cláusulas que podrían ser abusivas (intereses de demora, por ejemplo), pero la nulidad de éstas no constituye el fundamento de la ejecución, sino que son una consecuencia accesoria del incumplimiento. Y es, en suma, que la nulidad de una cláusula suelo provoca la pérdida de virtualidad jurídica del incumplimiento que da lugar al vencimiento anticipado y al ejercicio de la acción ejecutiva. Por ello, si la ley exige que se notifique al prestatario una liquidación correcta y no viciada por una cláusula nula que afecta a un elemento esencial de la obligación como es el precio (interés **remuneratorio**), la consecuencia debe ser acordar el sobreseimiento de la ejecución y no únicamente una subsanación de lo indebidamente liquidado por vía de un nuevo cálculo de lo adeudado, teniendo en cuenta la nulidad apreciada". En igual sentido, auto de 11 de septiembre siguiente, en el que añadíamos: "... el sobreseimiento del proceso de ejecución nos sitúa en el momento de inicio del procedimiento al trascender la corrección del importe reclamado a todo el procedimiento con afectación de la totalidad de sus trámites. Es cierto, que un incidente extraordinario de oposición de actuaciones no puede linealmente equipararse en sus génesis a un incidente de nulidad de actuaciones del art. 225 de LEC . en relación con el art. 238 de la L.O.P.J ., pero sí viene a coincidir con el mismo en cuanto a la sobrevenida carencia de efectos jurídicos de todos los actos procesales que están directamente conectados con la inicial virtualidad que se concedió a una cláusula que finalmente fue considerada abusiva; lo cual a efectos prácticos es plenamente convergente con la declaración de improcedencia de la ejecución que previene el art. 561.1.3º de LEC . para el caso de estimarse una oposición por motivos de fondo basada en el carácter abusivo de una o varias cláusulas, y con lo dispuesto en el num. 2 del mismo precepto, esto es, "dejar sin efecto la ejecución....reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de ejecución. En conclusión, el procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas con hipoteca se somete al procedimiento de ejecución dineraria de los art. 571 y ss. de LEC . con las particularidades que resultan de los art. 682 y ss. de la misma ( art. 681 de LEC .), y cuando analizamos dicha peculiaridades, no apreciamos razón alguna (salvo las estrictamente nominalistas) para distinguir entre la "improcedencia de la ejecución" referida en el citado art. 561.1.3 (cuyo significado y alcance se precisa en el num. 2 del mismo precepto) y "el sobreseimiento de la ejecución" referido en el art. 695.3 de la LEC >>. Consecuentemente, se entiende que, considerada nula la cláusula suelo conforme hace la resolución apelada, pronunciamiento no cuestionado (ya que lo se cuestiona únicamente es la procedencia del recálculo, por considerar que dotaría de efectos retroactivos a la declaración de abusividad), y siendo su aplicación determinante de la cantidad exigible, la consecuencia no puede ser otra que la marcada por el artículo 695.3.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es decir, el sobreseimiento de la ejecución, por lo que procede revocar de oficio, en cuanto a este particular, la resolución apelada.

**QUINTO** .- No obstante, ello no es óbice a que, tal y como hemos hecho respecto de los **intereses moratorios**, y a fin de despejar el posible y futuro planteamiento de nuevas actuaciones procesales, analicemos también la alegación relativa a los posibles efectos retroactivos de la resolución referente a la cláusula suelo. Como hemos dicho en múltiples resoluciones precedentes (por ejemplo, autos de esta Sección de 23 de julio , 10 de octubre y 26 de noviembre de 2014 o 22 de enero de 2015 ), es cierto que la STS de 9 de mayo de 2013 estableció la irretroactividad de los efectos derivados de la abusividad de una cláusula suelo no transparente, de forma que "la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" ; así como que esta Audiencia Provincial, en Sentencias de 18 de junio y 31 de octubre de 2013 y 17 de julio de 2014, ha predicado dicha irretroactividad respecto de cláusulas suelo predispuestas por otras entidades de crédito en contratos sustancialmente idénticos al que sustentó la ejecución en este caso; pero ello no empece a lo antes indicado en orden al alcance que, como norma general, procede atribuir al sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria respecto a la carencia de efectos jurídicos de las actuaciones posteriores al despacho de ejecución. Y sobre todo, porque la declaración de abusividad no contiene ninguna disposición retroactiva, porque no ordena la devolución de cantidad alguna, sino que únicamente tiene como consecuencia



el sobreseimiento de la ejecución; aparte de que la meritada Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 se refiere exclusivamente a las cuotas de amortización del préstamo ya abonadas y no a las pendientes de abono que integran parte de la cantidad reclamada (intereses ordinarios impagados antes de darse anticipadamente vencido el contrato de préstamo), con fundamento en la propia cláusula suelo que se declara nula.

**SEXTO.-** Dado el tenor de lo resuelto, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, conforme al artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

**LA SALA ACUERDA:**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Novales Durán, en representación de "Caixabank, S.A.", contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Posadas, en el procedimiento de ejecución hipotecaria nº 689/13, con fecha 10 de diciembre de 2014. Y ordenar de oficio el sobreseimiento de la ejecución. Sin imposición de costas en ambas instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de que contra la misma no cabe recurso alguno, y verificado, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, junto con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba reseñados en el encabezamiento; doy fe.