



Roj: **AAP MA 150/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:150A**

Id Cendoj: **29067370052017200148**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **24/04/2017**

Nº de Recurso: **742/2014**

Nº de Resolución: **218/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA TERESA SAEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

A U T O N° 218

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION QUINTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. HIPOLITO HERNANDEZ BAREA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

Dª. INMACULADA MELERO CLAUDIO

Dª. Mª TERESA SAEZ MARTINEZ

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª INSTANCIA N° 1 DE MARBELLA

ROLLO DE APELACIÓN N° **742/14**

JUICIO N° 744.01/13

En Málaga a 24 de abril de 2.017.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de Oposición a la Ejecución n° 744.01/13; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por CAJA RURAL DE GRANADA, S.C.C. contra la resolución dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de 1ª Instancia n° 1 de Marbella dictó Auto de fecha 09/06/14 , cuya parte dispositiva dice así:

"ESTIMO la oposición formulada por el Sr. Procurador Dª. ENCARNACIÓN FUENTES PEREZ en nombre y representación de D. Gustavo Y Dª Gloria , declarando el carácter abusivo de la denominada cláusula suelo (CUARTA , INTERESES ORDINARIOS, in fine de la escritura de 29 de septiembre de 2006 y la correlativa existente en la clausula PRIMERA de la escritura de novación de 6 de junio de 2011), y acordando el archivo y sobreseimiento del procedimiento de ejecución de que dimana esta pieza."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación CAJA RURAL DE GRANADA, S.C.C., el cual fue admitido a trámite dándose traslado del escrito en el que constan los motivos y razonamientos del mismo a la otra parte para que en su vista alegase lo que le conviniese. Cumplido el trámite de audiencia se elevaron los autos a esta Audiencia, y tras su registro se turnaron a ponencia quedando pendientes de deliberación y de resolver.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Iltrma. Sra. Dña. M^a TERESA SAEZ MARTINEZ. Habiendo tenido lugar la deliberación previa a esta resolución el día 21 de abril de 2.017.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la entidad Caja Rural de Granada, S.C.C. se formuló demanda ejecutiva sobre bienes especialmente hipotecados, contra D. Gustavo y Dña. Gloria , fundada en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por las partes con fecha 29 de septiembre de 2006, novada por escritura de 6 de junio de 2011. Por la representación procesal de D. Gustavo y Dña. Gloria se alegó el carácter abusivo de determinadas cláusulas de dicho contrato, recayendo en la instancia auto, por el que estimando en parte las alegaciones de los demandados, se declaraba la nulidad por abusiva de la cláusula Cuarta in fine (denominada suelo) de la escritura de fecha 29 de septiembre de 2006 correlativa con la cláusula Primera de la escritura de fecha 6 de junio de 2011, acordando el sobreseimiento de la ejecución. Por la representación procesal de la entidad Caja Rural de Granada, S.C.C. se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución interesando la continuación de la ejecución despachada.

SEGUNDO.- Comenzando por el estudio de la nulidad por abusividad de la cláusula Cuarta in fine de la escritura de fecha 29 de septiembre de 2006 correlativa con la cláusula Primera de la escritura de fecha 6 de junio de 2011 (denominadas suelo) debemos señalar que el Tribunal Supremo en la paradigmática sentencia de 9 de mayo de 2013 (Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013) avala en términos generales la licitud de las cláusulas suelo siempre que sean claras y transparentes con independencia de que exista desequilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo o incluso si no coexiste con cláusulas techo. El TS llega a afirmar que *«son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo»*. Señala dicha sentencia de nuestro TS de 9 de mayo de 2013, que el art. 4.2 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»* , por lo que se declarará la ilicitud de las cláusulas suelo sólo cuando se observe la falta de transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores, correspondiendo la prueba de que se ha facilitado una adecuada y clara información a la parte predisponente y no al adherente; no obstante, el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un período de tiempo no la convierte en transparente. Dichos postulados y, por ende el control de transparencia, no solo se debe circunscribir al supuesto en que el deudor sea un consumidor o usuario sino también cuando sea un profesional, habida cuenta de que el art. 5.5 LCGC prescribe que *«la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción o sencillez»* y dado que el fundamento del control de transparencia también se contiene en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación su ámbito de aplicación debe ser el propio de dicha norma. Asimismo, la prueba de la negociación individual no puede quedar suplida por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar, las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo. En este sentido concluye la mencionada sentencia de nuestro Tribunal Supremo que: *"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."*

TERCERO.- Como se establece en la referida sentencia de 9 de mayo de 2013 , las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato pues se refieren al objeto principal del mismo y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. Es cierto que, como regla, no serían susceptibles de control, ya que el considerando décimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la



apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]". Pero existe la posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato como se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

CUARTO.- Como hemos dicho que una cláusula defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Así dispone la meritada sentencia: "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 LEY 1490/1998) -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC (LA LEY 1490/1998) -"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 [...]. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". El artículo 80.1 TRLCU dispone que "en 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, ... el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de 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". Es preciso 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. (...) No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. (...) En definitiva, como afirma el IC 2000, "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa". (...) El contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]". - Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998) para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. (...) Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como



préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. (...)La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. (...)Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo. (...)En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. (...) Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. (...) En el caso de autos, las cláusulas denunciadas no superan ese control de transparencia por falta de información suficientemente clara de que se refieren a un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Y aunque esa falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor, tales requisitos, necesarios para considerarlas abusivas, también concurren en este caso ya que las cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia, de modo que los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito."

QUINTO.- Atendiendo a lo anterior y examinado el caso de autos, debemos concluir que las cláusulas que ahora se examinan, que establecen tanto un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo) como un tipo de interés máximo de referencia (cláusula techo), es una cláusula impuesta de forma unilateral por la entidad bancaria, incluida en el contrato firmado, sin que conste negociación de tipo alguno. Tampoco consta que se informara a los prestatarios de todas las consecuencias que se derivaban de la misma ni que se ofrecieran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar; como tampoco del coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. En la escritura pública de constitución de la hipoteca se hicieron constar las advertencias propias por parte del Notario autorizante, pero no queda acreditado que a los prestatarios se les hubiera proporcionado folleto informativo, oferta vinculante y se les hubiese informado de la posibilidad de examinar el proyecto de escritura, a fin de comprender el posible impacto económico de la cláusula en el contrato. La carga de la prueba de la existencia de una información previa, suficiente y clara que permita al consumidor una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo, recae sobre el empresario. Dicha información debe permitir al consumidor percibir tanto su "carga económica", como la "carga jurídica" del mismo. Como hemos dicho, en este caso no se acredita por la entidad bancaria la realidad de esa información clara y suficiente, pues no se aporta la oferta vinculante, no consta que se hayan realizado simulaciones de escenarios diversos, ni que se haya dado una información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o sobre el comportamiento previsible del índice de referencia. Corresponde a la entidad bancaria probar que ofreció al cliente la información precontractual necesaria para alcanzar una comprensión de la carga económica del contrato, en su suscripción y durante la ejecución. En este caso, dicha prueba no concurre y el contenido del contrato no se revela claro a los efectos de dotar a la cláusula debatida de la plena comprensibilidad requerida. De todo ello resulta que la conducta de la entidad financiera no supera el control de transparencia por falta de una información previa, clara y comprensible que permitiera un correcto conocimiento de la cláusula suelo en el funcionamiento ordinario del contrato, por lo que debe de declararse abusiva y, en consecuencia, decretarse su nulidad.



SEXTO.- Bien es cierto que cuando, en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 , se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 . Sin embargo, el día 21 de diciembre de 2016, el TJUE se ha pronunciado con toda claridad sobre la solución fijada por la jurisprudencia del Tribunal supremo, considerándola incompatible con el derecho de la UE. Así, en sus conclusiones establece que *"El artículo 6, apartado 1 de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3.1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión"*. Y continúa señalando *"Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013."* Y concluye señalando que *"De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 , EU:C:2013:164 , apartado 60). En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 , EU:C:2010:581 , apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14 , EU:C:2016:278 , apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14 , EU:C:2016:514 , apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14 , EU:C:2016:835 , apartados 67 a 70). De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión."* A la vista de lo anterior, procede aplicar lo resuelto por el TJUE, así como entrar a examinar las consecuencias que dicha declaración de nulidad produce en la presente ejecución hipotecaria.

SEPTIMO. - Respecto a los efectos de la apreciación de nulidad, la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10 , establece que cuando se declare la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no cabe la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Doctrina que aparece consolidada por medio de STJUE de 30 de mayo de 2013 en cuanto establece que no debe de moderarse el contenido de la cláusula abusiva, debiendo subsistir el contrato, *"...sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas"*. Por su parte, del art. 6,1 de la Directiva 93/13 indica que: *"... del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible"*. En el presente caso, la declaración de nulidad conlleva que la liquidación de la deuda efectuada por el ejecutante no sea correcta en tanto no puede aplicarse la cláusula suelo. Así, al afectar la declaración de abusividad de la cláusula a los intereses remuneratorios, que se han de aplicar, la liquidación de lo debido, y por consecuencia el requerimiento de



pago al deudor, y el despacho de ejecución de ejecución, se han realizado sobre la base de tales cláusulas declaradas nulas, y por ello la nulidad de las mismas afecta al fundamento de la propia ejecución, tal y como prevé el artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se trata simplemente con dejar de aplicar las cláusulas nulas, debería continuarse adelante con una ejecución despachada por un importe calculado sobre cláusulas abusivas, lo que ha impedido que el deudor pueda evitar el seguimiento del proceso atendiendo al requerimiento de pago, ya que éste se formula sobre la base de una liquidación que se efectúa aplicando cláusulas abusivas. Debe tenerse en cuenta que el requerimiento de pago no es una mera fórmula, es un requisito que brinda al deudor la posibilidad de evitar la continuación del litigio, tal y como resulta de los artículos 686 y 583 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ello la nulidad de las cláusulas abusivas hace ineficaz el requerimiento de pago, de tal manera que es el propio fundamento de la ejecución el que queda con ello comprometido por la abusividad. En este sentido, la resolución de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 25 de enero de 2017 respecto: de los efectos en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la declaración de nulidad de la cláusula suelo señala que *" la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.... Eso afecta a la cantidad adeudada, que justificaría el inicio de la ejecución hipotecaria, porque habrá que determinarse nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo. No basta para conocer la existencia o importe de la deuda con una simple operación matemática con un tipo diferente. La realización de una nueva liquidación o recálculo, por otro lado, carecería de trámite específico de oposición (ya respecto de los intereses, ya respecto de las cantidades a compensar) a en caso de discrepancia entre las partes. Razones que obligan a acordar el sobreseimiento de la ejecución, por afectar de manera muy relevante al fundamento de la ejecución...."*. Y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de febrero de 2016 dice *".....En cuanto a la procedencia de la pretensión de la parte apelante para la "reliquidación" de intereses, por lo que no procedería el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, esta Sala, como viene señalando en múltiples resoluciones (desde auto de esta misma Sección de 27 de enero de 2014), 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. 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 de ser acordar el sobreseimiento de la ejecución y no únicamente una subsanación de lo indebidamente liquidado por vía de su inaplicación o de un nuevo cálculo de lo adeudado, teniendo en cuenta la nulidad apreciada...."*.

OCTAVO.- Así las cosas, el artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, mientras que en otro caso se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva. La anulación de la cláusula suelo influye en el importe del interés remuneratorio que debe abonar el prestatario sobre el capital, pues si la cláusula anulada no se aplica se devengara solo el Euribor más el diferencial pactado. Pues bien, resulta evidente que la cláusula hoy declarada nula ha determinado la liquidación del saldo deudor que fue notificada a los ejecutados y dicha liquidación deviene claramente errónea. Ni eran correctas las cuotas adeudadas, ni el importe del principal, ni el de los intereses, porque el recálculo derivado de la nulidad de la cláusula suelo afecta a todo el cuadro de amortización. Es más, podríamos encontrarnos en el caso de que no existiese deuda alguna exigible en el momento en el que se dio por vencido anticipadamente el crédito. Estimando por tanto que dicha liquidación errónea fundamentó la ejecución, por imperativo legal deberá procederse al sobreseimiento de la misma. Esto es, la ejecutante ha iniciado el procedimiento dando por vencido un préstamo, derivando dicho vencimiento del impago de cantidades cuyo importe fue calculado de conformidad con una cláusula que ha sido declarada nula. En definitiva, debemos concluir que la nulidad de una cláusula suelo impide tener acreditado un incumplimiento del deudor con la gravedad necesaria para permitir un vencimiento anticipado y con él, el inicio de la ejecución hipotecaria. Lo que lleva a desestimar este motivo del recurso y a confirmar la resolución recurrida. Y por lo que respecta a la posible nulidad de otras cláusulas del contrato, debemos señalar



que como la confirmación de la abusividad de la cláusula suelo conlleva el sobreseimiento del proceso, ello hace innecesario entrar a conocer sobre dichas alegaciones pues la ejecución no sigue adelante, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer uso de las demás acciones que a su derecho interese.

NOVENO.- En orden a las costas, es notorio y tiene reiteradamente declarado esta Sala que de un tiempo a esta parte y en materia de ejecución hipotecaria concurren serias dudas de derecho al ser muy dispersa la jurisprudencia menor cuando se examinan por las Audiencias Provinciales las cláusulas suelo, las de intereses moratorios, las de vencimiento anticipado, las de gastos de trámite de la hipoteca, etc; y a ello se suma la poca claridad de la jurisprudencia sentada al respecto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que incluso ha sido corregida por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que ha seguido dando lugar a interpretaciones diversas por parte de las distintas Audiencias Provinciales - hasta, al parecer, una futura y cercana unificación de doctrina- que seguramente influirá incluso en una previsible modificación legal. Por ello entiende esta Sala que procede en este caso, que se ha resultado sobre la denominada "cláusula suelo", aplicar la excepción que a la regla general del vencimiento prevé el artículo 394.1 de la LEC, habida cuenta de las serias dudas de derecho que pueden aún suscitarse en relación a la cláusula litigiosa citada, y de la existencia de la jurisprudencia menor contradictoria que no puede seguir todavía una dirección uniforme en torno a jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y del TJUE, lo que supone que no se haga especial imposición de las costas procesales originadas ni en la instancia ni en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación al caso,

DISPONEMOS

Que **desestimándose** el recurso de apelación formulado por la entidad Caja Rural de Granada, S.C.C., representada en esta alzada por el procurador Sr. Gross Leiva, contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marbella, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Todo ello, sin pronunciamiento sobre las costas ocasionadas ni en la instancia ni en esta alzada.

Devuélvanse las actuaciones originales con certificación de esta resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, al Juzgado del que dimanaron para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala, doy fe.

En relación a 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).