

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 6 DE CORDOBA

Pza. de la Constitución s/n Planta sexta
Tlf.: 957 002422/23. Fax: NIG:

Procedimiento: EJECUCIÓN DE TÍTULOS HIPOTECARIOS NÚM. /2010.
Sobre: Idem. Negociado: PS

De: D/ña. BBK BANK CAJASUR, S.A.U.
Procurador/a Sr./a.:
Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.:
Procurador/a: Sr/a.
Letrado: Sr/a.

PARTE INTERESADA:
Procurador/a Sr./a.:
Letrado/a Sr./a.:

AUTO NÚM.

En Córdoba a veintiuno de octubre de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por Auto de 26 de febrero de 2010 fue despachada ejecución a instancia de BBK BANK CAJASUR SAU frente a D. _____ y DÑA. _____ en reclamación de la suma de 443.261,85 euros de principal e intereses pactados y vencidos todo ello con fecha 28 de enero de 2010 así como la suma de 66.600 euros pactada para responder de costas y gastos. Continuado el procedimiento por sus trámites, sin que la parte ejecutada formulara oposición a la ejecución, fue dictado con fecha 19 de octubre de 2012 Decreto de adjudicación del inmueble hipotecado a favor de la entidad ejecutante por el 60% de su valor de tasación. La entidad ejecutante no había solicitado la entrega de la posesión del inmueble hipotecado al tiempo del dictado de la Providencia de 15 de abril de 2013 por la se acordó conceder plazo de alegaciones a la parte ejecutada a fin de que pudiera exponer la naturaleza abusiva de clausulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario con presentación del escrito unido a las actuaciones. Seguidamente la parte ejecutante presentó escrito de alegaciones mostrando su disconformidad con la naturaleza abusiva de las clausulas contractuales indicadas por la parte ejecutada quedando las actuaciones pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte ejecutada presentó con fecha 16 de mayo de 2013 escrito exponiendo los argumentos por los que consideraba determinadas cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la entidad ejecutante como abusivas y, por ello, afectadas de nulidad. Este escrito responde al plazo abierto de oficio por el Juzgado por Providencia de 15 de abril de 2013 mediante la cual, valorando las posibles repercusiones que en los procedimientos de ejecución hipotecaria en trámite pudiera desplegar la jurisprudencia recientemente emanada del TJUE –STJE de 14 de junio de 2012, 21 de febrero de 2013 y 14 de marzo de 2013- trataba de arbitrar un trámite procesal que garantizando el principio de contradicción hiciera posible el control bien de oficio o a petición de la parte ejecutada de las cláusulas del contrato que pudieran ser calificadas como abusivas por desproporcionadas y lesivas de los derechos de los deudores hipotecarios.

La finalidad del trámite expresado viene a coincidir con el regulado en la Disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 de 14 de mayo en relación con el Art. 695 de la LEC y constando, en cualquier caso, presentado el referido escrito de la parte ejecutada dentro del plazo preclusivo del mes que establece la referida norma debe tenerse por correctamente formulado el denominado incidente extraordinario de oposición.

Delimitado el trámite en el que nos encontramos y garantizado el principio de contradicción e igualdad de partes al disponer ambas de idénticos trámites de alegaciones procede concretar las cláusulas valoradas como abusivas por la parte ejecutada en las siguientes: 1) La cláusula tercera de las escrituras de 20 de febrero de 2008 y 18 de agosto de 2009 que contiene el pacto sobre los intereses ordinarios o retributivos; según las alegaciones que formula la parte ejecutada se afirma en la escritura de 18 de agosto de 2009 que el tipo de interés ordinario aplicable es del 4,592% nominal anual variable semestralmente y acto seguido, en contradicción con lo anterior, se afirma que el interés aplicable en cada periodo semestral será igual al Euribor a un año incrementado en dos puntos sin redondeo y que la entidad acreedora no efectuará ningún ajuste sobre el tipo que presente el de referencia adoptado para calcular el interés nominal aplicable en cada periodo de vida del préstamo. Finalmente dispone la cláusula que se examina que sin perjuicio de lo indicado anteriormente el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 4,5% anual ni superar el 12% nominal anual y si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en los párrafos anteriores resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos. Según la ejecutada no resulta posible conocer con exactitud el tipo de interés pactado debiendo declararse abusiva al implicar un desequilibrio de las prestaciones de las partes. 2) La cláusula sexta del contrato de préstamo al incluir un tipo de interés de demora del 18% que resulta desproporcionado en comparación con el interés legal del dinero en el año 2009 que era del 4%.

Con carácter previo la parte ejecutada reprodujo una petición que ya mereció respuesta del Juzgado en una resolución que adquirió firmeza como es la relativa a la falta de acreditación por la entidad BBK Bank de la inscripción registral de la titularidad del derecho de hipoteca sobre el inmueble.

La entidad ejecutante expuso sus argumentos para defender la plena validez de las cláusulas contractuales reseñadas anteriormente.

SEGUNDO.- Con base en el examen de la documentación acompañada con el escrito de demanda resulta que la entidad Cajasur y los ejecutados, interviniendo en la cualidad de prestatarios e hipotecantes, suscribieron el 20 de febrero de 2008 un contrato de préstamo con constitución de garantía real hipotecaria sobre la finca inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Córdoba al Tomo 2028, Libro 1293, Folio 108, finca registral núm. 21.030. El importe del capital prestado ascendió a 309.000 euros respondiendo la finca hipotecada de la cantidad de 444.000 euros de principal del préstamo, de los intereses ordinarios de seis meses calculados al tipo máximo del 12% anual, de los intereses de demora de dos años calculados al tipo máximo del 18% anual más una cantidad igual al 2% del principal para asegurar el pago de comisiones y de una cantidad igual al 15% del principal anterior resultante que se fija para costas y gastos ascendiendo la responsabilidad hipotecaria de 705.960 euros.

Posteriormente, con fecha 29 de enero de 2009 otorgaron las partes escritura pública de novación del préstamo hipotecario que modificó ampliándolo el plazo de amortización del préstamo y la comisión por subrogación dejando inalteradas las cláusulas financieras del contrato. En fecha 18 de agosto de 2009 fue otorgada una nueva escritura pública de novación mediante la cual las partes ampliaron el capital del préstamo, el plazo de su amortización y modificaron en la cláusula tercera el tipo de interés ordinario aplicable. En la referida cláusula se establece que "La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba fija, a partir del día de hoy, el tipo de interés ordinario aplicable al préstamo hipotecario referido en el exponiendo I precedente en el 4,592% nominal anual variable hasta el día de la próxima revisión (20 de enero de 2010) variable cada semestre del resto de vigencia de la operación. El tipo de interés aplicable en cada periodo semestral se revisará al alza o a la baja el día coincidente con la fecha de aplicación del tipo referido en el párrafo precedente en función de la evolución que experimente la referencia interbancaria a un año (Euribor a un año). El interés aplicable en cada periodo semestral será igual al Euribor a un año correspondiente al segundo mes natural anterior a la fecha de revisión incrementado en 2,00 puntos sin redondeo". A continuación se explica cómo se obtiene el índice Euribor y los índices de referencia sustitutivos que se aplicarían en el supuesto de que dejase de aplicarse el Euribor. En la misma cláusula se dispone que "Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 4,500 por ciento nominal anual ni superar el 12 por ciento nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en los párrafos anteriores resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos". Por tanto, se incluye una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés que deja sin efecto bajadas del Euribor inferiores al límite mínimo pactado del 4,500 por ciento nominal anual.

En la cláusula sexta del contrato inicial de préstamo, cláusula que permaneció inalterada en las posteriores novaciones contractuales, quedó fijado el interés de demora en el 18% anual con previsión de capitalización de los intereses vencidos y líquidos al objeto de devengar, como aumento de capital, nuevos intereses moratorios.

Como puede comprobarse con el examen de la copia autorizada del

Acta de certificación de saldo extendida el 4 de febrero de 2010, la situación de impago de las cuotas del préstamo hipotecario se inicia con la falta de abono de la cuota del mes de septiembre de 2009 no procediendo la entidad prestamista al cierre de la cuenta y a la liquidación de la deuda hasta el 28 de enero de 2010 por importe de 2.448,97 euros de capital, 8.288,58 euros de intereses ordinarios y 365,08 euros de intereses de demora más una deuda correspondiente a los plazos no vencidos por importe de 431.727,49 euros de capital y 431,73 euros de intereses ordinarios. Asimismo queda recogido en el certificado expedido por el Jefe de Gestión de Impagados de la entidad BBK que en periodo del 18 de agosto de 2009 al 20 de enero de 2010 los intereses ordinarios fueron liquidados al tipo del 4,592% y en el periodo del 20 de enero de 2010 al 28 de enero del 2010 al tipo del 4,500%.

El impago de cinco cuotas sustentó la resolución del contrato a instancia de la entidad ejecutante.

TERCERO.- Cuestionada la legitimación activa de la entidad bancaria ejecutante, la cual no podría ser considerada sucesora de la entidad prestamista Cajasur de conformidad con el Art. 540 de la LEC al no constar como titular registral del derecho de crédito hipotecario tal como exige el Art. 149 de la LH que dispone que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 1526 del Código Civil y la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, resulta plenamente acreditado en estas actuaciones con el testimonio de la escritura de cesión global del activo y pasivo de la entidad Cajasur a favor de la ejecutante que no se está ante una negocio de cesión de un derecho de crédito individualizado sino ante un supuesto de sucesión universal con extinción de la entidad transmitente que queda sometido a la regulación específica de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Queda reflejado en el testimonio de la escritura mencionada de 29 de diciembre de 2010 que la entidad Cajasur, en ejecución de los acuerdos adoptados por la Asamblea General de 23 de noviembre de 2010, había cedido globalmente el activo y el pasivo transmitiendo en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a la entidad BBK Bank SA que lo habría adquirido. La estipulación segunda incide en que la cesión, como global, comprendería todos los bienes, derechos y obligaciones de la cedente, cesión que sería efectiva el día 1 de enero de 2011 según la estipulación tercera y que comportaría, según la estipulación cuarta, la extinción de la entidad Cajasur.

Ciertamente la STS Sala 1ª, de 7 de febrero de 2007 señala que "la jurisprudencia de esta Sala ha sentado como principio general el de rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, por lo que, como señala la Sentencia de 14 de septiembre de 2006- con cita de las de 1 de junio de 1995, 17 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2005-, la indefensión existe cuando, cualquiera que sea la forma que se produzca, se priva a un interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos, considerándose ínsita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada, precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la

precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa".

Sin embargo, respecto a la figura de la cesión de créditos en virtud de la cual únicamente se cede a favor de un tercero la posición acreedora de uno de los contratantes, tal y como se precisa en la SAP Madrid, Sec. 12ª de 25 de julio de 2.012 la doctrina jurisprudencial es pacífica en la no exigencia ni del conocimiento, ni menos aún, de la prestación del consentimiento por parte del cedido, el cual sólo permanece en el contrato como deudor, sin que la notificación a este tenga otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose legítimo desde tal momento el hecho al cedente, tal y como se pronuncian las SSTS Sala 1ª, de 28 de octubre de 1957, 7 de julio de 1958, 5 de noviembre de 1974, 16 octubre 1982, 11 de enero de 1983, 23 de octubre de 1984y 12 de noviembre de 1992 debiendo entenderse las exigencias de la legislación Hipotecaria (art. 149) de inscripción del crédito hipotecario cedido en sus efectos en relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico especial, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa de que la inscripción es meramente declarativa y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral. La STS Sala 1ª, de 16 de diciembre del 2009, consagra este criterio como aplicable a la cesión del crédito hipotecario, con base en el art. 149 LH.

Tal y como se afirma en el AAP Madrid, sec. 12ª de 11 de enero de 2013, la Ley Hipotecaria se ciñe a la cesión singular, como lo revela, ya sin ninguna duda, la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria al artículo 149 de la Ley Hipotecaria, al referir la cesión a que regula a la prevista precisamente en el artículo 1526 CC.

Se señala en la citada resolución -en el que se analiza un supuesto idéntico al presente -que "Los artículos 81 a 91 de la Ley 3/2009, de 9 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, configura, como nueva forma de sucesión universal entre sociedades mercantiles, la cesión global, que puede conllevar la desaparición de la transmitente, si se despoja de la totalidad, o puede permanecer si, previa segregación, se produce el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades (artículo 71). En todo caso, se produce una cesión universal, con las características ya expuestas. Siendo este el caso, según resulta del testimonio notarial aportado con la demanda, se ha producido lo que la propia Ley califica expresamente como sucesión universal ", y, por tanto resulta inaplicable el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, pues las transformaciones societarias no están bajo su regulación".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2012, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de mayo de 2013 y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de junio de 2003.

Procede ratificar la legitimación activa de la entidad ejecutante como

sucesora universal de la entidad Cajasur.

CUARTO.- Expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo recoge que las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria en orden a hacer posible el examen por el órgano judicial competente de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia de la apreciación de su naturaleza abusiva, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas consideradas abusivas, se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 que interpreta la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993. Atendiendo a la voluntad explícita del legislador de acomodar la legislación procesal para adaptarla a la referida Directiva que tiene por finalidad la protección de los consumidores, las modificaciones introducidas deben estimarse todas ellas orientadas a la efectividad de los derechos de los consumidores y, desde este prisma, debe restringirse la nueva causa de oposición introducida en el Art. 695 de la LEC a aquellas ejecuciones hipotecarias que tengan por base un título en el que intervenga como prestatario un consumidor y, advirtiéndose, seguidamente, la limitación que para el Tribunal entraña que el Art. 695.4 de la LEC autorice el examen del carácter abusivo de una cláusula contractual siempre que la misma constituya el fundamento de la ejecución o en base a ella hubiese sido determinada la cantidad exigible de modo, que en una interpretación a sensu contrario, el legislador cierra el paso a que se examinen y pueda apreciarse, en su caso, en el procedimiento de ejecución hipotecaria la naturaleza abusiva de una cláusula contractual inaplicada por la entidad ejecutante para instar la resolución contractual o para determinar la cantidad concretamente exigible. Esta limitación legal de cognición y resolución en sede del procedimiento de ejecución resulta congruente con la restricción de los medios de prueba admisibles en la Vista a celebrar a la prueba documental y con la remisión que el Art. 698 de la LEC continúa efectuando al procedimiento declarativo para la sustanciación y decisión de cualesquiera otras cuestiones que versen sobre la nulidad del título que se ejecuta.

En este procedimiento de ejecución hipotecaria no se trata de examinar, como si de un procedimiento declarativo se tratase, si las cláusulas pueden ser o no abusivas sino de determinar si alguna o algunas cláusulas que han sido aplicadas en la medida en que han influido en la determinación de la cantidad líquida por la que ha sido despachada ejecución puede ser calificada como abusiva. Es un examen constreñido al procedimiento pues no en vano el Art. 695 de la LEC dice expresamente que los efectos de la resolución que se dicte resolviendo sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas solo producirán efectos en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resulta incuestionable la condición de consumidores de los deudores hipotecarios al gravar el préstamo el inmueble que constituye la vivienda familiar. Concurriendo el anterior presupuesto el examen del contenido del Acta notarial de fijación del saldo deudor y, en particular del mencionado certificado de liquidación de la deuda que expide la entidad ejecutante, demuestra la aplicación tanto de la cláusula suelo como de la cláusula que establece el interés de demora. En la escritura de modificación del préstamo de agosto de 2009 se pactó un tipo de interés ordinario fijo al 4,592% para el primer semestre de vigencia que concluía el 20 de enero de 2010. En esta fecha procedía la revisión del tipo de interés que pasaba a ser variable y, en concreto, se pactó con referencia al Euríbor a un año

correspondiente al segundo mes natural anterior a la fecha de revisión incrementado en 2,00 puntos sin redondeo. En la certificación de la ejecutante se aplica correctamente el tipo de interés fijo pactado para el primer semestre del 4,592% pero respecto del periodo del 20 al 28 de enero de 2010, cuando se da por vencido el préstamo, debe estimarse aplicada la cláusula suelo habida cuenta que el Euribor a un año referenciado al Euribor del mes de noviembre de 2009 cerró al 1,234% que incrementado en dos puntos daría como tipo aplicable el 3,234% y no el tipo resultante de la cláusula suelo del 4,500%.

Igualmente constan liquidados los intereses de demora al 18% anual.

QUINTO.- La efectiva aplicación tanto de la cláusula suelo como de la que establece los intereses de demora para la determinación de la cantidad adeudada con incidencia en las cantidades por las que fue despachada ejecución justifica la procedencia del control de abusividad de las mismas.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula suelo constituye referente jurisprudencial obligado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. El Tribunal Supremo afirma "la licitud de las cláusulas suelos 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. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo - máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, 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. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso".

La cláusula suelo como condición general que define el objeto principal del contrato aún cuando no cabe el control de su equilibrio está sujeta a un doble control de transparencia. Como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de junio de 2013 en su Fundamento de Derecho quinto: "*En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada*

elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.SSTS 406/2012, de 18 de junio ; ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.221/2013, de 11 del abril y ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la tan reiteradamente citada ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.Sentencia nº 241/2013 , tras resolver que las cláusulas-suelo forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), decide que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no. El enfoque del Tribunal Supremo es el de comenzar por los requisitos de incorporación para concluir que, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia apelando, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias es, precisamente, que se da a la cláusula suelo una relevancia "secundaria"; "(las) propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante sino directamente engañosa en cuanto que genera una apariencia de simetría que inducen creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello concluye nuestro Tribunal Supremo: "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".

En el contrato de préstamo que nos ocupa la inserción sistemática de la cláusula que establece el límite mínimo y máximo de variabilidad del interés ordinario contribuye decisivamente a diluir su trascendencia económica al ubicarse en una posición residual después de una extensa y de compleja comprensión exposición sobre los tipos de referencia aplicables para el supuesto de que el Euribor dejara de publicarse. En la estipulación tercera se comienza fijando un tipo de interés fijo para el primer semestre de vigencia del contrato novado y un tipo de interés variable a partir de la conclusión del semestre anterior con referencia al Euribor a un año más dos puntos y luego, sin ninguna conexión sistemática con la determinación del precio a abonar por el préstamo, se incluye la cláusula suelo resultando evidente que se propicia la convicción de los deudores de la falta de relación de tal cláusula con la definidora del precio a abonar por el capital prestado impidiendo el correcto conocimiento de la carga financiera del préstamo. Asimismo, siguiendo las razones por las que el Tribunal Supremo apreció la nulidad de las cláusulas examinadas en la referida Sentencia, en el supuesto que se analiza se aprecia su inserción conjunta con la cláusula techo como aparente contraprestación de la misma. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y no consta tampoco que hubiera sido ofrecida a los deudores hipotecarios información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo. Por último no puede dejar de subrayarse que esta concreta cláusula suelo resulta especialmente gravosa al fijar el suelo en el 4,500 %, más gravosa que la examinada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba en su Sentencia de 12 de junio del 2013 que era del 4%.

La información contractual no cumple los criterios de transparencia que resultan exigibles impidiendo a los deudores hipotecarios conocer el alcance económico derivado de la aceptación de una cláusula que significa, como expone el Tribunal Supremo en la repetida Sentencia de mayo de 2013, convertir un contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, en préstamo a interés fijo variables exclusivamente al alza. Procede, en consecuencia, calificar como abusiva la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria base de esta ejecución.

Por lo que respecta a la cláusula que establece los intereses de demora resulta de aplicación el límite que establece el Art. 114 de la LH en la redacción dada por la Ley 1/2013, criterio éste último por cuya aplicación se ha decantado la Audiencia Provincial de Córdoba en Auto de 24 de mayo de 2013, aun no tratándose de un procedimiento de ejecución hipotecaria de vivienda habitual, que en su fundamento de derecho quinto declaraba lo siguiente *"... se ha de compartir la calificación de abusivos que hace la resolución apelada, del 23% que para los intereses moratorios se fija en el préstamo por resultar desproporcionados al incumplimiento del deudor y a los fines disuasorios que los mismos persiguen; segundo, que, una vez que la moderación ha de ser aceptada por lo dicho con anterioridad, se entiende que el límite que marca el actual Art. 114 de la LH ha de*

ser seguido en este tipo de casos y así lo ha recogido el Auto de la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial de 22 de mayo de 2013; y, tercero, que se ha de establecer como intereses moratorios procedentes los del 15%”.

En consecuencia, procede declarar abusiva la cláusula que establece los intereses moratorios en el 18% anual quedando fijados en el 12% anual, triple del interés legal del dinero al tiempo de la celebración del contrato que era del 4% en el año 2008.

SEXTO.- La consecuencia procesal derivada de la apreciación de la abusividad de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible es el sobreseimiento de la ejecución y, en otro caso, la continuación de la ejecución con inaplicación de la cláusula abusiva según resulta de la actual redacción del Art. 695 de la LEC.

No prevé la LEC más que la opción del sobreseimiento o la exclusión de la aplicación de la cláusula sin contemplar la integración judicial del contenido contractual.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 reconoce que *“ La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

La valoración como abusiva de la cláusula suelo conlleva en el supuesto que se enjuicia una nueva liquidación de los intereses ordinarios del periodo del 20 al 28 de enero de 2010 y una nueva liquidación de los intereses de demora al tipo del 12% de modo que puede afirmarse que en este procedimiento fue despachada ejecución por una cantidad incorrectamente liquidada al serlo en base a unas cláusulas contractuales nulas, cláusulas que fundamentan la ejecución al tiempo que inciden directamente en la fijación de la cantidad adeudada. Por ello la respuesta procesal, excluida la integración del contrato, debe ser el sobreseimiento del procedimiento que, a juicio de esta juzgadora, resulta además la respuesta lógica al tener la entidad ejecutante no solo que recalcular la deuda sino también que acompañar la documentación justificativa de dicha nueva liquidación de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 572.2, 573, 574.1 y 685.2 de la LEC. En suma, nos situaríamos en el momento de inicio del procedimiento al trascender la incorrección del importe reclamado a todo el procedimiento con afectación de la totalidad de sus trámites.

SÉPTIMO. Ante lo novedoso de las cuestiones jurídicas que plantea la aplicación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo no se estima procedente efectuar especial pronunciamiento de las costas derivadas de la tramitación del incidente de oposición a la ejecución.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO ESTIMAR EL INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN promovido por el Procurador Sr. actuando en la representación procesal que tiene acreditada de D. y DÑA. frente al Auto acordando el despacho de ejecución de 26 de febrero de 2010 con fundamento en la naturaleza abusiva de la clausula suelo incluida en la estipulación tercera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes y de la clausula sexta que establece los intereses de demora y todo ello sin que proceda efectuar especial imposición de las costas derivadas de la tramitación de este incidente.

ACUERDO EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO una vez adquiera, en su caso, firmeza la presente resolución.

Notifíquese en legal forma a las partes personadas haciéndoles saber que la presente resolución es susceptible de recurso de apelación. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, exponiendo el apelante las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, y previa constitución de depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado nº 1427 0000 06 042510, debiendo de especificarse en el campo concepto que se trata de un " Recurso " seguido del código y tipo concreto de recurso que se trate (02 apelación civil).

Sin la consignación no se admitirá a trámite el recurso, según Disposición Adicional 15ª introducida por la LO 1/2009 por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, lo acuerda, manda y firma Olga Rodríguez Garrido, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Córdoba y su partido. 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)”.