

Roj: **AJPI 31/2013 - ECLI: ES:JPI:2013:31A**Id Cendoj: **39075420022013200001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Santander**Sección: **2**Fecha: **19/11/2013**Nº de Recurso: **484/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JAIME FRANCISCO ANTA GONZALEZ**Tipo de Resolución: **Auto**

2

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**NÚMERO DOS DE SANTANDER.**

EJECUCIÓN HIPOTECARIA NÚMERO 484/2013/2.

NIG núm. 3907542120130005328. Sección J.

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A./D. Jeronimo y Dña. Crescencia .

AUTO

En la ciudad de Santander, martes, 19 noviembre del 2013.

Vistos por mí JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de esta ciudad y su partido judicial, los presentes **auto** s de EJECUCIÓN HIPOTECARIA número 484/2013, promovidos a instancia del **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.** , representada por el procurador D. Isidro Mateo Pérez, dirigida su defensa por la letrada del ICAC Dña. Beatriz Bermejo Villa, contra D. Jeronimo y Dña. Crescencia , representados por la procuradora Dña. Eva Álvarez Cancelo y defendidos por la letrada del ICAC Dña. Ana Fernández-Cotero Echevarría, y ello, en todo caso, en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se tramita en este juzgado ejecución hipotecaria iniciada por demanda ejecutiva interpuesta por el procurador D. Isidro Mateo Pérez a instancia del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. recibida en el Decanato de los juzgados de Santander el día 8/05/2013, en el que se reclama la suma de 66.721,68? de principal (inclusive 89.94? de intereses moratorios ya devengados) y 20.015? para los intereses que se vayan devengando y las costas.

Segundo. El 15/05/2013 se dicta providencia en la que se acuerda oír al Banco para que realice alegaciones sobre la posible abusividad de la cláusula concerniente a los intereses moratorios a la luz de la Ley 1/2013, de 14/05.

El Banco se opone en los términos del escrito presentado por su procurador D. Isidro Mateo Pérez el día 28/05/2013 en el que invoca la normativa y jurisprudencia nacional.

Pese a ello se dicta auto de fecha 4/06/2013 que acuerda considerar nula por abusiva la cláusula contractual que fija el interés moratorio en un 20 %, ordenando continuar la ejecución sólo por un principal, 66.631,71? que resulta de restar los intereses moratorios devengados al tiempo de la demanda, 89.94?, eliminando los intereses moratorios que se devenguen en el futuro y reduciendo las costas al 5 % al aplicar el artículo 575 1bis de la LEC .

Tercero. Notificado de dicha resolución interpone el BBVA Argentaria, S.A. recurso de reposición previo al de apelación en los términos del escrito que presenta su procurador Sr. Mateo Pérez con fecha 14/06/2013 en el



que interesa que se deje sin efecto el auto recurrido y, en su caso, se le confiera traslado de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 2ª de la L 1/2013.

El recurso de reposición se admite a trámite por diligencia de 6/09/2013 confiriendo traslado a los ejecutados, que se personan y oponen a que se estime en los términos del escrito que presenta a su instancia su procuradora Dña. Eva Álvarez Cancelo el día 18/09/2013.

Cuarto. Por providencia de 21/10/2013 se acuerda oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14-mayo, el artículo 1.108 del Código Civil y otros, realizando ambas partes sus alegaciones.

Los ejecutados postulando que no hay colisión con el artículo 1.108 del CC y sí con la DT 2ª de la L 1/2013.

La ejecutante propugna que es innecesario plantear la cuestión en la idea de que la DT 2ª de la Ley 1/2013, que conceptúa como una norma imperativa, cae fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 con invocación de su artículo 1.2 y de la STJUE de 21/03/2013, C-92/11, defendiendo que fija una posición de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en estos contratos.

Quinto. Con fecha 23/09/2013 se personan los ejecutados formulando oposición a la ejecución hipotecaria en la que interesan la declaración como abusiva de la cláusula sobre el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

Sexto. Por providencia de 28/10/2013 se acuerda oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial en relación con el artículo 693 de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la cuestión prejudicial comunitaria.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE) peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros este *podrá pedir* al TJUE que se pronuncie sobre ella si estima que es necesaria una decisión para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno dicho órgano *estará obligado* a someter la cuestión al TJUE salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar al caso de autos la jurisprudencia existente o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea del todo punto evidente.

2. Conforme a la nota informativa emitida por el Tribunal sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos de jurisdicciones nacionales (2005/C 143/01, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 11/06/2005) la cuestión que se somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vincula a la interpretación de una norma de derecho comunitario.

Concretamente se trata de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva) sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, DO L 95, p. 29. 21.4.93, modificada por última vez por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, de 25/10/11 (DOUE L 304, 22.11.11, p. 304).

Segundo. Síntesis del supuesto fáctico.

En los ordinales siguientes se intentarán sintetizar los hechos que dan lugar a plantear la cuestión prejudicial:

3. El día 23/06/2008 BBVA Argentaria, S.A. (en lo sucesivo ejecutante o Banco) suscribió con D. Jeronimo y Dña. Crescencia (en adelante ejecutados) un contrato de préstamo hipotecario por el que les prestaba a los ejecutados 79.234,96 euros.

En dicho contrato se pactaron, entre otras, las cláusulas contractuales que a continuación se exponen resumidas:

Cláusula 6ª. Interés de demora. Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio



de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco, un interés de demora del 20 % nominal anual. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio allí establecido.

Cláusula 6ª bis. Vencimiento anticipado. El Banco podrá declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en los siguientes casos:

a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

A fin de asegurar la devolución del préstamo en la cláusula 9ª de dicha escritura se constituyó hipoteca a favor del Banco sobre un inmueble destinado a vivienda propiedad de uno de los ejecutados el Sr. Jeronimo .

4. Luego del impago de cuatro cuotas, cada una de 539.61?, vencidas el 31/07, 31/08, 30/09 y 31/10/2012, la ejecutante decide el 29/11/2012 el cierre de la cuenta y la liquidación del préstamo. El 5/12/2012 un representante acude al Notario, que expide acta que da cuenta de que la liquidación es conforme a lo convenido.

La liquidación de la deuda arroja un saldo a favor de la ejecutante de 66.721,68 ? conforme el siguiente desglose:

65.557,01 ? de principal.

1.074,74 ? de intereses remuneratorios.

89.94 ? de intereses de demora, aplicando un tipo de interés de demora del 20 %.

Estos puntos configuran un sucinto relato de los hechos a tener en cuenta, que se basa fundamentalmente en un resumen de las cláusulas del préstamo hipotecario que importan más la reseña de las actuaciones judiciales.

En conclusión, los ejecutados no pudieron hacer frente a los vencimientos desde julio a octubre de 2012, razón por la cual el Banco decidió dar por vencida la operación.

Tercero. Marco normativo y jurisprudencial. La normativa comunitaria sobre consumidores y usuarios, la jurisprudencia del TJUE al respecto y la transposición de la Directiva 93/13 a la legislación nacional española.

5. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (es decir, la Directiva) sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece un sistema de protección basado en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional tanto en capacidad de negociación como en el nivel de información y que esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

En lo que concierne a este auto cabría destacar su artículo 1.2, que dispone que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sometidas a la Directiva, su artículo 3.1, que señala que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, o el artículo 3.2, que define el concepto de cláusula abusiva y que hay que poner en conexión con el Anexo, al que se remite el artículo 3, apartado 3, que menciona como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1 e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta y si la mera mención de una cláusula en el anexo no determina automáticamente y por sí que tenga carácter abusivo es un elemento esencial para la apreciación por el juzgado.

Destacan también el artículo 4.1 así como, sobre todo, los artículos 6.1, que el TJUE ha aclarado que es una disposición imperativa tendente a lograr reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real, y 7.1, que tienen especial relevancia en esta cuestión prejudicial.

6. Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del conocido principio de autonomía procesal, establecer la regulación procesal.

Ahora bien, esta libertad de configuración de los Estados miembros no es absoluta sino que está limitada por el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere a los consumidores.



7. En Derecho español la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13/CEE y por último el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16/11 (en adelante TR 1/07) aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias donde destaca su art. 83 :

"1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

8. No es objeto de esta cuestión analizar la jurisprudencia del TJUE recaída en torno a la Directiva.

Pero sí que se quiere llamar la atención sobre las SSTJUE de 27/06/2000, asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, 21/11/2002, caso *Cofidis*, C-473/00, 26/10/2006, asunto *Mostaza Claro*, C-168/05, 4/10/2009, caso *Pannon GSM*, C-243/08, 6/10/2009, asunto *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, C-40/08, 9/11/2010, caso *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, 15/03/2012, caso *Perenicová y Perenic*, C-543/10, 14/06/2012, caso *Banesto*, C-618/10, 21/02/2013, caso *Baniff Plus Bank*, C-472/11, 14/03/2013, caso *Aziz*, C-415/11; 21/03/2013, caso *RWE Vertrieb AG*, C-92/11; 30/05/2013, asunto *Aegon Magyarország Hitel Zrt*, C-397/11, 30/05/2013, asunto *Jahani BV*, C-488/11, y 3/10/2013, asunto *Duarte*, C-32/12.

Importa subrayar que esos pronunciamientos han desbordado con vocación general y revolucionaria radicalidad el marco procesal español, confiriendo una inusitada fuerza a la Directiva. La ley a que seguidamente se hará referencia, Ley 1/13, recae en un escenario transformado.

9. Es por influencia de esos pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE que se aprueba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que se publica en el BOE el 15/05/2013.

En su misma exposición de motivos se justifica la reforma en la necesidad de acomodar el ordenamiento nacional español a la STJUE de 14/03/2013, asunto *Aziz*, C-415/11.

Entre muchas de sus novedades y reformas conviene a la presente cuestión prejudicial destacar algunas de ellas:

Primeramente el artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) se reforma conforme a este tenor:

"Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada de abusiva, dará audiencia por 5 (ahora 15) días a las partes. Oídas estas acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª".

Seguidamente el artículo 561.1.3º de la LEC queda redactado de modo que afirma lo que seguidamente se dice:

"3º Cuando se apreciare el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma, sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas".

De otra parte el artículo 695 de la LEC se modifica así:

"1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible".

También se reforma el artículo 693 de la LEC que lleva por epígrafe: vencimiento anticipado de deudas a plazos.

"1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses ...



2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o u número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución".

La Disposición Transitoria 2ª (en adelante DT 2ª) regula un régimen transitorio para con los intereses de demora:

"La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior".

Esta DT 2ª debe ponerse en conexión con el art. 3.2 de la Ley 1/13 que reforma el art. 114 de la Ley Hipotecaria .

"Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal ...".

La lectura de esas dos últimas normas parece dar cuenta de un triple régimen respecto a los intereses moratorios:

- 1) A las hipotecas constituidas tras entrar en vigor la Ley 1/2013 se les prohíbe que puedan estipular intereses moratorios superiores a tres veces el legal del dinero.
- 2) Para las constituidas antes de entrar en vigor de la Ley 1/2013 rige esa misma limitación respecto a los intereses que se devenguen con posterioridad y los que habiéndose devengado en esa fecha no se hubieren pagado.
- 3) Respecto a los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y sin concluir al entrar en vigor la Ley 1/2013 el Secretario Judicial o Notario dará al ejecutante un 10 días para que recalcule los intereses.

Además de estas reglas de la Ley 1/2013 son de tener en cuenta los siguientes preceptos del Derecho español.

Artículo 1.108 del Código Civil :

"Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio en el interés legal".

Artículo 551.4 de la LEC :

"Contra el auto autorizando y despachando ejecución no se dará recurso alguno sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado".

Artículo 552.2 de la LEC :

"El auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor ..."

Artículo 561.1.3º de la LEC :

"Cuando se apreciare el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución bien despachando la misma sin la aplicación de las cláusulas abusivas".

Artículo 562 de la LEC :

"Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución ... 2º. Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley".

Artículo 576 de la LEC . Intereses de la mora procesal .



"1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley".

Por último el artículo 4.1 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado tras la Ley 1/2013, establece:

"En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo".

Cuarto. Análisis de las cláusulas de interés de demora y de vencimiento anticipado desde la perspectiva del marco normativo y jurisprudencial a que se ha hecho referencia.

10. Sentado cuanto antecede para explicar porqué se estima necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial conviene ahora acudir al supuesto concreto.

Primeramente hay que decir que los ejecutados se han constituido en su relación con la ejecutante como parte débil o consumidor de un producto o servicio financiero.

En consecuencia, les resulta de aplicación la normativa sectorial protectora de los consumidores e usuarios. La nacional, el RD Legislativo 1/2007, y la Directiva 93/13.

Es en razón a ello que en el ejercicio de las funciones que atribuye al juez que conoce de una ejecución el nuevo artículo 552.1 de la LEC, redactado tras la Ley 1/2013, se cuestionó de oficio la cláusula 6ª que fija un tipo de interés moratorio, 20 %, que supera en más de tres veces el interés legal al perfeccionarse el contrato, el 4 %.

De igual modo haciendo uso de las posibilidades que concede el artículo 695.1.4 de la LEC, también redactado tras la Ley 1/2013, los ejecutados han cuestionado la cláusula 6ª bis que permite al Banco declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente capital, intereses y gastos ante el impago de una parte cualquiera del capital o intereses.

11. Abordando en primer lugar la cláusula sobre los intereses moratorios, la que fue objeto de control de oficio, si sólo incumbe al juez nacional apreciar su naturaleza abusiva las consecuencias conciernen al TJUE.

Según el artículo 6.1 de la Directiva si se estima abusiva la consecuencia es que no vincula al consumidor.

Conforme la norma nacional, el artículo 83.1 del TR 1/07, si se estima abusiva el efecto será su nulidad absoluta.

Esta previsión legal obedece al clásico principio que propugna que lo que es nulo no produce ningún efecto y que suele expresarse en el conocido brocardo en latín:

"Quod nullum est nullum producit effectum".

Ahora bien, también opera otro principio que conduce a un resultado opuesto, a expresar con una fórmula en latín:

"Utile per inutile non vitiatur".

A este principio obedece el artículo 83.2 del TR 1/07, que no se ha modificado, y que permite su integración.

Pero esta operación integradora está prohibida, obligando a una interpretación abrogatoria de la norma nacional, tras el concluyente pronunciamiento 2º de la sentencia del TJUE de 14/06/2012, caso *Banesto*, C-618/10, reforzado con el pronunciamiento 3º de la de 30/05/13, C-488/11.

Si no se debe permitir ningún tipo de integración del juez menos aún lógicamente por parte del profesional pues sería del todo punto absurdo que lo que no puede hacer el juez se le permita hacerlo a quien ha incurrido en abuso.

Por lo demás no cabe hablar de sanación o convalidación de un pacto nulo si la fijación de un nuevo tipo, ahora legal, es unilateral, no convenida con el consumidor.

Tampoco es exacto afirmar que la cláusula es nula sólo de forma abstracta pero no en su aplicación. Los intereses moratorios persiguen una triple función: resarcitoria, conminatoria y disuasoria de modo que no es correcto decir que el exceso de interés moratorio pactado pero no reclamado no ha tenido ningún efecto en derecho porque no sería verdad: ha tenido el conminatorio y el disuasorio.



Finalmente en este punto conviene tener presente el tono y contenido terminante que tienen los apartados 58 y 59 de la STJUE de 30-mayo-2013, C-488/11 , que conviene subrayar que es posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y que explicitan un pronunciamiento programático.

Ocurre que si al juez nacional se le concediera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objeto a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE debilitándose el efecto disuasorio (dicho en castellano se proclama la necesidad de dar un escarmiento) que ejerce sobre los profesionales el hecho de que *pura y simplemente* tales cláusulas no se apliquen.

De igual modo deduce que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE *no permite* al juez nacional *reducir el importe de la pena contractual* impuesta al consumidor en lugar de *excluir plenamente* la aplicación de la referida cláusula.

Estas fueron las razones que determinaron el dictado del auto que rebajó el tipo moratorio desde el 20 % al 0 %.

Conviene informar al TJUE que antes de entrar en vigor la L 1/13 este y otros juzgados en aplicación de la jurisprudencia emanada del TJUE venían emitiendo pronunciamientos que, tras considerar que el tipo de interés moratorio era abusivo, lo dejaban en 0, criterio que recientemente ha ratificado el órgano revisor en auto dictado por Ilma. la Audiencia Provincial de Santander de 10/10/2013, Sección 4ª, y con el BBVA, S.A. como parte.

Pero ese planteamiento lo trastoca la DT 2ª de la L 1/13.

El problema es que no se limita a recoger un tope para el interés moratorio (tres veces el legal del dinero), pues para esto no haría falta tras el artículo 114 de la Ley Hipotecaria , sino un proceso de ajuste a dicho referente.

Ante todo sería dable entender que la DT 2ª de la Ley 1/13 implícitamente está imponiendo una moderación que el TJUE tiene prohibida. Esa la sustancia de su cuestión que tiene planteada otro Juzgado español, el de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena (Sevilla).

La idea que se quiere expresar aquí es distinta: es claro que la DT 2ª de la L 1/13 obliga a suscitar un proceso de recálculo pero no señala con claridad (aunque a todas luces piensa en ello) que la consecuencia sea que el interés moratorio permanezca en ese tope de tres veces el interés legal, ante lo que se abren varias posibilidades:

- . Que se rebaje desde el tipo considerado abusivo hasta el máximo de tres veces el interés legal aplicando la DT 2ª de la L 1/13 en relación con el art. 114 de la LH .
- . Que se rebaje desde tipo considerado abusivo hasta al interés legal con aplicación del artículo 1.108 del CC .
- . Que se aplique el que previene el artículo 4 del RDL 6/2012 siempre y cuando concorra su supuesto de hecho.
- . Que se expulse la pena contractual y el tipo sea 0 %.

Es preciso separar el proceso de recálculo (que incumbe a Secretarios y Notarios, no es actividad jurisdiccional y no provoca una respuesta por estos) del control de oficio, que es jurisdiccional y sujeto a otros parámetros, la presencia de elementos de hecho y derecho suficientes para hacer interdicción de pactos abusivos.

Lo cierto es que en la práctica jurisprudencial se está manifestando una gran discrepancia de criterios pues los partidarios de la primera y segunda alternativa postulan que no están integrando una pena contractual que saben nula sino dando aplicación supletoria a una norma legal.

El TJUE ha dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14/6/12, C-618/10 y 30/05/13 , C-488/11) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva pero falta por clarificar si cabe que el interés moratorio *sobreviva* merced a la aplicación supletoria de una norma nacional.

Esta es la sustancia de la cuestión que aquí se suscita.

Una buena cantidad de jueces españoles son partidarios de salvar la pena contractual aplicando el artículo 1.108 del Código Civil , que debe distinguirse del artículo 576 de la LEC pues si el primero regula los intereses moratorios el segundo los llamados intereses procesales.

Está sobradamente sentado en la jurisprudencia española que estos segundos nacen *ope legis* (SSTS de la Sala 1ª de 20/10/86 , EDJ 1986/6524, 5/2/88 , EDJ 1988/882, 10/04/90 , 16/6/90 , 19/5/91 , 30/12/91 , EDJ 1992/12386, 12-mayo-1992 , EDJ 1992/4644, 18/03/93 , EDJ 1993/2726, 5/4/94, EDJ 1994/10798 ; 20/02/95, EDJ 1995/923 ; 10/10/96, EDJ 1996/7000 ; 18/11/96, EDJ 1996/8001 ; 23/07/98 , EDJ 1998/14150, o la STS núm. 1035/2004, de 22-octubre, RJ 2004\6349) al punto en que se entienden impuestos aun cuando ni siquiera aparezcan reflejados en el fallo judicial (SSTS de 15/04/91, EDJ 1991/12387 , y 5/4/93 , EDJ 1993/3367, o STC de 10/12/85, Sala 2ª, EDJ 1985/141) mientras que los primeros nacen del pacto de las partes.



Frente a esa tesis se quieren expresar dudas sobre si esta norma (o este modo de interpretar esta norma) es compatible con el efecto disuasorio que el TJUE ha considerado en sus sentencias de 14/06/12, caso *Banesto*, C-618/10, apartado 69, y 30/05/13, C-488/11, apartado 58.

La nulidad tiene un componente sancionatorio que no debe ser desdeñado y que no es justo que el profesional infractor que predispone un pacto abusivo de intereses moratorios pueda obtener el interés legal por aplicación del art. 1108 del CC, lo que supondría equiparar el infractor con el que no pactó ningún interés moratorio.

A tal efecto y a título ejemplificativo se aportan tres documentos que dan cuenta de esa diferencia de criterios: dos acuerdos de Juntas de Jueces y las conclusiones de un curso organizado por el CGPJ para estudiar esta cuestión.

Por otra parte el tipo de interés moratorio previsto en el artículo 1.108 del Código Civil está diseñado para una situación (a falta de convenio) que no es equiparable sin forzar a la que aquí se enjuicia (pacto considerado nulo) aunque no es esta una duda que haya de resolver el TJUE.

Lo que quizás sí puede clarificar es si en aquellos casos en que se aprecie un tipo de interés moratorio abusivo la consecuencia debe ser que no hay ningún interés moratorio o, al contrario, que procede el previsto en una norma.

La duda que aquí se suscita se refiere a la interpretación de una norma europea y tiene interés para lograr una aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

12. A partir de las anteriores consideraciones se plantea una primera pregunta acerca de si la DT 2ª de la Ley 1/2013 no es conforme a la Directiva al imponer un proceso de recálculo de un tipo de interés moratorio abusivo tomando como referencia el triple del interés legal, en la idea de que el TJUE aclare si supone una limitación de la tutela del consumidor al imponer una suerte de integración legal de aquellas cláusulas de intereses moratorios que hayan incurrido en abusividad.

La opinión de este juzgador, antes expresada, es que la DT 2ª de la Ley 1/13 sí es conforme con la Directiva en la medida en que admite una interpretación respetuosa con la Directiva. Aunque establece ese polémico proceso de recálculo no determina que su consecuencia sea que, caso de apreciar como abusivo el pacto de intereses moratorios, haya que estar al triple del interés legal.

13. Por eso la presente cuestión se centra sobre todo en una segunda pregunta que cuestiona si es conforme con la Directiva la interpretación que siguen algunos tribunales españoles de acuerdo con la cual es compatible considerar abusiva la pena contractual, no teniéndola por puesta, con la aplicación de un interés moratorio previsto por una norma nacional, ya sea el del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el del artículo 1.108 del Código Civil o cualesquiera, otro como el artículo 4 del RDL 6/2012.

A tal efecto convendría tener presente dos reflexiones:

En primer lugar cuando se dice que la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros entre ellas se deben incluir las autoridades judiciales.

Así lo tienen afirmado al menos las SSTJUE de 10/04/1984, caso *Von Colson y Kamann*, C-14/83, apartado 26, de 19/01/2010, caso *Kücükdeveci*, C-555/07, apartado 46, o de 21/10/2010, caso *Antonino Accardo*, C-227/09, apartado 49.

Aún más, ante una situación en la que no se haya adaptado el Derecho nacional a una Directiva es preciso recordar que una jurisprudencia del TJUE uniforme, reiterada y de plena vigencia y conexión con nuestro caso impone al juez nacional que al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, *haga todo lo posible*, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, *alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva* y de esa forma atenerse al artículo 189.3 del Tratado de la CCE, que actualmente es el artículo 249.3

Así lo proclaman, por todas, las sentencias de 13/11/1990, caso *Marleasing*, C-106/89, apartado 8; 16/12/1993, caso *Wagner Miret*, C-334/92, apartado 20, 14/07/1994, caso *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 26, 27/06/2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, en su apdo. 30.

Se reclama del TJUE que aclare si el legislador español ha limitado con la DT 2ª de la Ley 1/2013 los mecanismos de protección de los consumidores o si son los tribunales españoles los que los limitan con su interpretación, ya sea de esta norma o del artículo 1.108 del Código Civil.



14. En cuanto al vencimiento anticipado el planteamiento de los ejecutados lleva a una composición de lugar que alberga cierta identidad de razón con lo que sucede con el interés moratorio y con la prohibición de integración.

Ocurre que la cláusula de vencimiento anticipado del caso concreto es contraria a la norma nacional, el artículo 693.2 de la LEC en la redacción que le confirió la Ley 1/2013, promulgada precisamente para acomodar la ley nacional a la STJUE de 14/03/13, asunto *Aziz*, C-415/11.

En el contrato se pactó que el Banco podría tener por vencido el préstamo con el impago de una fracción de cuota cuando esa norma sólo permite reclamar la totalidad de lo adeudado cuando se pactó el vencimiento total para el supuesto de impago de *al menos* tres plazos mensuales.

Lo que ha hecho el Banco es esperar al impago de 4 meses.

La pregunta es si esta estrategia unilateral del Banco no constituye una integración prohibida por el TJUE en las repetidamente mencionadas sentencias de 14/06/12 y 30/05/13. Si el efecto disuasorio no se compadece con que el Banco que ha forzado un pacto abusivo salve su nulidad con el sencillo expediente de esperar a que pase tiempo.

15. Por todo ello se abre un diálogo con el Tribunal de Justicia, no con las partes, sin perjuicio de que legítimamente puedan estas hacer valer ante el TJUE las razones o argumentos que le llevan a discrepar del auto.

El ejecutante sostiene que la DT 2ª de la Ley 1/13 cae fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, lo que afirma con fundamento en el artículo 1.2 de esta Directiva y de la STJUE de 21/03/2013, C-92/11. Su idea es que la Ley 1/2013 se promulgó para fijar una posición de equilibrio en el mercado hipotecario y que ello entraña una diferencia con la norma, el artículo 83 del TR 1/07, afectada por la STJUE de 14/06/2012, *Banesto*, C-618/10.

El argumento revela ingenio pero es artificioso. Los elevados intereses que están en juego (ver SSTJUE de 26/10/2006, C-168/05, apartado 37 y 4/06/2009, C-243/08, apartado 26, o 30/05/2013, C-488/11, apartado 43, o 14/06/2012, caso *Banesto*, C-618/10, apartado 67) no consienten estas forzadas interpretaciones. Si la Ley 1/13 es o no imperativa es un problema de interpretación del derecho interno que no concierne al TJUE que, en cambio, lo que tiene sobradamente sentado es que la Directiva es una norma imperativa (SSTJUE de 26/10/2006, C-168/05, apartado 36, y 4/06/2009, C-243/08, apartado 25, 6/10/2009, C-40/08, apartados 51 y 52, 9/11/2010, C-137/08, apartado 47 y 30/05/2013, C-488/11, apartados 35 y 44) y que su artículo 6.1 debe entenderse equivalente a las normas nacionales que tienen rango de orden público.

Lo que debe imperar es la Directiva y no la Ley 1/2013.

Por último entiendo que no estamos en el supuesto de hecho a que hace referencia el artículo 1.2 de la Directiva. En el contrato del caso no hay ninguna cláusula contractual que refleje una disposición normativa. Lo que hay es una disposición normativa (o una interpretación jurisprudencial) que no se acomoda a ella.

Quinto. Justificación de la necesidad de la cuestión.

16. Sirva de refuerzo a la necesidad que se ha abordado en el anterior apartado tener presente que la resolución judicial que suscita el recurso de reposición del ejecutante que provoca el planteamiento de la cuestión y que queda en suspenso pendiente de ella puede ser firme.

Ocurre que la norma procesal española no incluye una regla específica sobre qué recurso es procedente y no hay ninguna garantía de que se admita recurso de apelación.

La LEC española no señala qué recurso cabe contra la resolución inicial que, aplicando el artículo 552.1 de la LEC, tras el control de oficio de cláusulas abusivas, ordena continuar la ejecución. Si no se detectan cláusulas abusivas la resolución es irrecurrible para la LEC (artículo 551.4) y si se aprecia como abusiva la pena contractual perviviendo el resto del contrato caben dos alternativas: bien una resolución irrecurrible (artículo 551.4 de la LEC) o bien una resolución susceptible de apelación pero esto último sólo merced a una aplicación extensiva o analógica al artículo 552.2 de la LEC porque es norma prevista para la denegación total del despacho.

Esto último es lo que se ha decidido en instancia pero nada garantiza que la Audiencia Provincial comparta este criterio. Si el auto pendiente de dictarse y cuya controvertida resolución ha suscitado la cuestión pudiera ser firme, habiendo dudas, plantear cuestión es obligado.

En razón a todo ello

**FALLO**

Que debo DISPONER la suspensión del curso de los autos para el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1.108 del Código Civil, la DT 2ª de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la DT 2ª de la L 1/13.

2) Si la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.

3) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas en el procedimiento, ordenando remitir testimonio de esta resolución y de la documentación adjunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que, previo trámite de admisión de la cuestión prejudicial, dé cumplida contestación, si lo estima oportuno, a las cuestiones prejudiciales interesadas.

ACUMULACIÓN DE ASUNTOS:

17. Antes de concluir, me gustaría llamar la atención del TJUE acerca de la similitud que existe entre la presente cuestión y las planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena en casos C-483/13, C-484/13, C-485/13, C-486/13 y C-487/13.

18. Dicha similitud permitiría, en su caso, si el TJUE lo estima pertinente, acumular este a aquéllos asuntos, lo que reduciría sensiblemente los plazos de resolución de la presente cuestión, al amparo de lo previsto en el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia publicado en el DOUE de fecha 6/11/2012.

Así lo acuerda, manda y firma D. JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander.