

Roj: **STS 6109/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6109**Id Cendoj: **28079110012010100693**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/09/2010**Nº de Recurso: **1657/2006**Nº de Resolución: **578/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8549/2006,**
STS 6109/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de esta ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Mª Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de D. Fernando ; siendo parte recurrida el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago, en nombre y representación de "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago, en nombre y representación de "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Fernando y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia *condenando a dicho demandado al pago de la cantidad de trescientos ochenta y tres mil seiscientos noventa y un euros con cincuenta y siete céntimos (383.691,57,- Euros), más los intereses legales correspondientes, así como al abono de las costas que se causen en el pleito.*

2.- La Procuradora Dª Mª Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de D. Fernando , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *se desestime la demanda interpuesta absolviendo a mi representado de los pedimentos contenidos en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora.*

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta en nombre de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., condeno a D. Fernando que pague a la anterior las siguientes cantidades: A) Los intereses moratorios al tipo del 29% anual, desde la fecha del 12 de marzo de 1993, calculados sobre un principal de 38.583.105 ptas., hasta la de entrada en vigor de la Ley de Crédito al Consumo, momento en que se aplicará el interés previsto en ella, debiéndose aplicar dicho interés igualmente sobre la anterior cantidad, hasta la fecha del 8 de octubre de 1996, fecha a partir de la cual se aplicará el citado interés a un principal de 9.583.104 ptas. y B) La anterior cantidad de 9.583.104 ptas. Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.*



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Fernando la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de mayo de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: En méritos de lo expuesto, con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fernando frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de los de Madrid en fecha 1 de septiembre de 2005 , en los autos de juicio declarativo ordinario seguidos ante dicho órgano al núm. 0735/2002, de los que dimana el presente Rollo procede: 1.º CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la parte dispositiva de la expresada resolución; 2.º IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS procesales ocasionadas en la sustanciación de esta segunda instancia a la parte apelante vencida.*

TERCERO .- **1** .- La Procuradora Dª Mª Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de D. Fernando , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVOS DE CASACION:SEGUNDO** .- Vulneración de los artículos 317 y 319 del Código de Comercio , así como los artículos 1966.3º y 1969 del Código civil. **TERCERO** .- Carácter abusivo de la cláusula segunda del préstamo hipotecario de fecha 5 de febrero de 1992 , relativa al interés de demora (fijado en el 29%) también durante el período anterior a la entrada en vigor de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, artículo 1154 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 13 de enero de 2009, se acordó admitir el recurso de casación e inadmitir el motivo primero y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago, en nombre y representación de "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." presentó escrito de impugnación al mismo.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos que han sido la base de la presente *litis* , hoy en casación, son los siguientes: en fecha 5 de febrero de 1992, el Banco Exterior de España, posteriormente absorbido por el que fue demandante en la instancia y es parte recurrida en casación BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. celebró contrato de préstamo con garantía hipotecaria con el demandado en la instancia y recurrente en casación D. Fernando , como prestatario, por la cuantía de 30.000.000 pesetas, interés remuneratorio del 16% e interés moratorio del 29%, ambos anuales. Por razón de falta de pago de los plazos pactados, la entidad prestamista acordó lo que también estaba previsto en el contrato, el vencimiento anticipado, el 12 de marzo de 1993 determinando el saldo deudor -capital e intereses- en 38.583.105 pesetas: 30.000.000 pesetas de capital, 8.358.780 pesetas de intereses remuneratorios y 234.325 pesetas de intereses de demora. Procedió a la ejecución hipotecaria regulada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria dando lugar a la subasta, en la que la entidad bancaria acreedora percibió 29.000.001 pesetas cuyo remate fue aprobado por auto de 8 de octubre de 1996. En fecha 24 de julio de 2002, dicha entidad presentó demanda reclamando 383.691,57 Euros que incluye la parte no obtenida de las cantidades reclamadas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, más la liquidación de intereses posteriores.

La posición del demandado, que ha llegado a casación, contiene dos partes. El primero es la prescripción de los intereses remuneratorios, que mantiene que es aplicable el artículo 1966, 3º del Código Civil , prescripción quinquenal, por lo que la reclamación de la misma ha prescrito, al haber transcurrido más de cinco años desde el auto aprobando el remate (8 de octubre de 1996) hasta la presentación de la demanda (24 de julio de 2002). El segundo se refiere a los intereses moratorios; en el contrato de préstamo se fijaron en el 29% anual, lo que la sentencia de instancia califica de "totalmente desproporcionado", carácter abusivo que en el recurso de casación se mantiene que deben ser considerados así desde el primer momento, es decir, desde que se produjo la falta de pago.

La sentencia de instancia, objeto del presente recurso, rechaza la prescripción porque entiende que tales intereses, al ser capitalizados, no constituyen el pago periódico al que el artículo 1966,3º del Código Civil aplica la prescripción quinquenal y en cuanto a la cláusula que impone el interés moratorio del 29%, lo considera abusivo pero impone una limitación temporal: desde la entrada en vigor de la Ley de crédito al consumo se aplicará el interés previsto en ella, pero no antes, con otras precisiones.

La entidad bancaria demandante no interpuso recuso de apelación y se aquietó a la declaración del carácter abusivo de la cláusula y a la minoración, sustancial aunque temporal, de la tasa del interés. El demandante



sí apeló la sentencia anterior, que fue confirmada íntegramente en segunda instancia y formuló recurso de casación en tres motivos, de los que el primero fue inadmitido.

SEGUNDO .- El segundo de los motivos del recurso de casación. primero de los admitidos, denuncia la vulneración de los artículos 317 y 319 del Código de Comercio , así como los artículos 1966.3º y 1969 del Código Civil al no ser exigibles los intereses remuneratorios por estar prescritos.

En el escrito de ejecución hipotecaria, escrito inicial del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria la entidad bancaria reclamó la deuda pendiente desglosando el capital prestado, 30.000.000 pesetas, los intereses remuneratorios, 8.358.780 pesetas y los moratorios, 234.325 pesetas.

En la subasta se obtuvieron 29.000.001 pesetas y se dictó auto aprobando el remate el 8 de octubre de 1996. Más tarde, más de cinco años después, la entidad bancaria, hoy parte recurrida en casación, reclamó el resto formulando demanda el 24 de julio de 2002. En ella se reclamaba el derecho de crédito subsistente, por la parte de capital, los intereses remuneratorios y los intereses moratorios, a lo que añadió los intereses posteriores y vencidos hasta la fecha de presentación de la demanda en una liquidación ya hecha en euros, cuyo total alcanzaba la suma de 383.691,57 Euros.

La parte demandada en la instancia, deudora y ahora recurrente en casación plantea en este motivo la prescripción de los intereses convencionales, llamados también compensatorios o remuneratorios. La posición de la jurisprudencia ha sido la de entender que siendo unos pagos *que deben hacerse por años o en plazos más breves*, como dice el artículo 1966, número 3º , se les aplica la prescripción quincenal.

Esta es la posición que ha mantenido la jurisprudencia, con alguna aislada excepción (como la de 3 de febrero de 1994) en sentencias que vienen de la de 14 de noviembre de 1934 , que casó la sentencia de la Audiencia Provincial que no había aplicado el artículo 1966 del Código Civil a los intereses del préstamo; la de 31 de mayo de 1957 que dice que *"la invocación del recurrente en el quinto motivo, de la no aplicación de los artículos 1961 y número tercero del 1966 del Código Civil , con relación a los intereses de los préstamos, resulta inoperante..."*; la de 10 de octubre de 1959 apreció la prescripción quinquenal de los intereses; la de 14 de marzo de 1964 mantiene rotundamente la prescripción quinquenal y cita las sentencias anteriores como *" elpensamiento actual del Tribunal Supremo"* ; doctrina que sigue la de 12 de marzo de 1985 a un caso de los intereses de un préstamo hipotecario ; la de 17 de marzo de 1994 que dice *"la aplicación del número 3º del artículo 1966 al abono de intereses, se encuentra reconocida jurisprudencialmente..."* y añade: *"aplicable la prescripción del artículo 1966.3, a los intereses compensatorios"* ; se mantiene este criterio en la de 17 de marzo de 1998 : afirma que *"el artículo 1966.3º , es aplicable a los intereses compensatorios, no a los moratorios..."* ; lo mismo, la de 30 de diciembre de 1999 que aplica el anatocismo, pero no a los intereses compensatorios previstos por el transcurso de cinco años.

Sin embargo, en el caso presente, como en tantos en la realidad social, no se aplica esta prescripción, sino la ordinaria para las acciones personales, de quince años conforme al artículo 1964, segundo inciso. Ello, porque cuando los intereses se capitalizan y reclamados judicialmente resultan de una resolución judicial como es el auto aprobando el remate, los intereses han perdido su naturaleza jurídica propia y han pasado a formar parte del capital, constituyendo un todo con éste. Así, cuando la entidad bancaria demandante hizo la liquidación de capital pendiente (que era el total), intereses convencionales (del 16% anual) y de los intereses moratorios (del 29% anual) y, celebrada la subasta en la que se obtuvieron 29.000.001 pesetas, el resto formó un todo unitario que es el reclamado en el presente proceso, cantidad global que prescribiría a los quince años. Distinto es el caso de los intereses moratorios, que doctrina y jurisprudencia consideran que prescriben a los quince años, en todo caso, lo cual no deja de ser harto discutible.

Pero hay más. En el desarrollo del motivo se dice que resta por pagar 999.999 pesetas del capital, más los intereses convencionales y moratorios y no es así. El artículo 1173 del Código civil dispone que *si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses*. Lo cual constituye un límite al criterio principal de imputación que el artículo 1172 atribuye al deudor: no se puede hacer la imputación a la obligación principal (el *capital*) sin estar cumplida la obligación accesoria (*cubiertos los intereses*), *"no puede imputar el pago parcial de lo debido al pago del principal sin estar antes satisfechos los intereses"* dice la sentencia de 24 de octubre de 1994 en lo que insiste la de 25 de junio de 1999.

Por lo cual, en el caso presente, la cantidad obtenida en la subasta se imputa a los intereses, completos, y a parte del capital. La consecuencia es que no cabe hablar de prescripción de intereses porque éstos han sido pagados y en la demanda rectora del presente proceso se está reclamando la parte de capital no satisfecha y los intereses moratorios de la misma.

TERCERO .- El tercero, segundo de los admitidos, de los motivos del recurso de casación mantiene el carácter abusivo de la cláusula segunda del contrato de préstamo de 5 de febrero de 1992 , en cuanto al interés



moratorio del 29%, cuyo carácter abusivo viene definido por la Directiva comunitaria 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, por el artículo 10 de la Ley general para la defensa de consumidores, y usuarios 26/1984, de 19 de julio, aparte de leyes posteriores y de los artículos 1152 a 1155 del Código Civil, aquéllos no aplicables por el principio de irretroactividad de las leyes y éstos por no ser de aplicación la normativa de las cláusulas penales a los intereses moratorios, por más que éstos impliquen una sanción en caso de mora, incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso por el deudor.

En relación con los intereses moratorios establecidos en el contrato, cláusula segunda, la sentencia de primera instancia dice: *"suponiendo los intereses moratorios una indemnización por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias y resultando desproporcionado el interés moratorio pactado, resulta claramente desproporcionado y abusivo por claro desequilibrio..."* y la de segunda instancia confirma la anterior y acepta el carácter abusivo de tales intereses. No puede olvidarse que la entidad bancaria demandante no ha recurrido en casación y ha quedado incólume el carácter abusivo de la cláusula que fija el interés de demora en el 29% anual.

El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores (en el presente caso, no hay duda de ambos extremos: es un contrato de préstamo con condiciones generales y el prestatario es consumidor) debe cumplir entre otros, el requisito (apartado c) de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye (subapartado tercero) las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio; cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (artículo 10.4).

La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de *reformatio in pejus*.

No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente, de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. La misma ley de 1984 fue reformada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que le añade el artículo 10 bis que declara abusivas las condiciones generales de la contratación que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29% anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. De nuevo hay que recordar que *aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera instancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante*, que no formuló recurso de apelación.

Las sentencias de instancia han determinado que esta minoración del interés moratorio tenga una limitación temporal. La razón de ello es la aplicación, no interpretación, de la Ley de crédito al consumo y también la aplicación del artículo 1154 del Código Civil. Ninguna de las dos normas es aplicable: una por posterior, otra por no ser cláusula penal la cuestión de intereses moratorios. Al entender esta Sala que se fija un determinado interés por interpretación del artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 a la luz de normas posteriores, no tiene sentido la limitación temporal. Por tanto, el interés moratorio queda fijado en la tasa que se ha indicado desde la fecha misma en que empezaron a devengarse.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Fernando contra la sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 24 de mayo de 2006.

SEGUNDO .- En su lugar estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad bancaria ahora sustituida por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.:



Condenamos al demandado, aquí recurrente, D. Fernando , a abonar al Banco demandante la cantidad que quedó pendiente de pago tras la subasta y aprobación del remate de la finca hipoteca, devengando dicha cantidad el interés moratorio, anual, equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero, declarando abusivo el pactado del 29% anual.

TERCERO.- No se hace imposición de costas en ninguna de las instancias ni en este recurso.

CUARTO.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEND