



Roj: **AAP B 144/2015 - ECLI:ES:APB:2015:144A**

Id Cendoj: **08019370012015200049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2015**

Nº de Recurso: **352/2014**

Nº de Resolución: **68/2015**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **MARIA DOLORS PORTELLA LLUCH**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO nº 352/14

Procedente del procedimiento oposición ejecución hipotecaria nº 1009/10

Tramitado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Manresa

AUTO Nº 68

Barcelona, a trece de marzo de dos mil quince.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Doña Mª Dolores PORTELLA LLUCH, Doña Amelia MATEO MARCO y Don Antonio RECIO CÓRDOVA**, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **352/14** interpuesto contra el auto dictado el día 6.02.14 en el procedimiento nº 1009/10, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Manresa en el que es recurrente **NCG BANCO S.A.** y apelados **Martin y Eulalia** previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "SE ESTIMA LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN, planteada por Dª Eulalia y por Don. Martin en los siguientes apartados:

1.- La nulidad por abusivas y en cuanto permiten la capitalización de intereses vencidos (anatocismo) de las cláusulas Tercera. 3 "(Pago y Capitalización de intereses)" y "Cuarta Intereses de demora" de la escritura de ampliación y novación del préstamo de fecha 5/12/2008, en relación esta última con la cláusula Sexta del contrato de préstamo de 23/11/2006.

2.- Se requiere a la parte ejecutante para que, en 15 días, aporte una nueva liquidación de saldo pero sin hacer aplicación de la capitalización de los intereses, de la cual se dará nuevo traslado a la parte ejecutada."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **Mª Dolores PORTELLA LLUCH**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Caja de Ahorros de Galicia instó demanda de ejecución hipotecaria contra D. Martin y Dña. Eulalia en la que puso de manifiesto que en fecha 23 de noviembre de 2006 las partes habían suscrito escritura de



constitución de préstamo hipotecario sobre la finca reseñada en autos, por un capital de 203.000 euros, que fue novada por otra posterior de 5 de diciembre de 2008 que amplió el capital a 208.300 euros, y en cuya virtud el prestatario se obligaba a devolver el capital en un plazo de 470 meses mediante el pago de entregas mensuales consecutivas distribuidas en dos periodos: a) El primer periodo comprensivo de las primeras 24 cuotas, es decir, hasta el 30 de diciembre de 2010 inclusive, era de carencia de capital y parcialmente de intereses de modo que el prestatario se obligaba a devolver únicamente la cantidad de 500 euros en concepto de pago parcial de los intereses, sin amortización de capital, y b) El segundo periodo de amortización de capital comprendía el plazo restante del préstamo hasta su vencimiento final.

En virtud de la escritura de novación las partes acordaron también rectificar el interés que en relación al capital no devuelto durante el primer periodo quedó establecido en un 6,25%, y en relación al segundo se estableció en un punto sobre el índice de referencia fijado en la escritura anterior .

En fecha 20 de agosto de 2010 la entidad financiera dio por vencida anticipadamente la obligación presentando acta de liquidación con una cantidad adeudada de 218.233,36 euros.

El juzgado despachó ejecución y frente a la misma los codemandados opusieron, en sendos escritos, que se había producido error en la determinación de la cantidad exigible porque la cantidad pendiente de pago en el momento de firmar la novación era de 198.014,48 euros, cifra que con motivo de la ampliación quedó establecida en 208.300 euros. Por tanto, al haberse pactado que no se amortizaría capital durante dos años, resolviéndose anticipadamente el crédito antes de que transcurriera el indicado término, la suma adeudada no podía superar el total indicado de 208.300 euros.

Posteriormente, y en base a la Disposición Transitoria Cuarta de la ley 1/2013 de 14 de mayo , por la representación de Dña. Eulalia se formuló el incidente extraordinario de oposición, al que se adhirió la representación del otro codemandado, por considerar el carácter abusivo de las siguientes cláusulas: a) cláusula financiera Sexta de la escritura de fecha 23 de noviembre de 2006 que en relación a los intereses de demora faculta a la Caja a capitalizar desde su vencimiento los intereses líquidos no satisfechos, cualquiera que sea su índole, b) las cláusulas Tercera y Cuarta de la escritura de ampliación y novación de préstamo con garantía hipotecaria de 2 de diciembre de 2008, en cuanto que permite capitalizar los intereses devengados durante el denominado "primer periodo (carencia de capital) al tipo del 6,25% y obliga a devolverlos a partir del denominado "segundo periodo (amortización de capital), dando lugar a una suma de intereses capitalizados ascendente a 15.283,52 euros, y en relación a los intereses de demora en cuanto que permite que durante el periodo de carencia de capital en que solamente se pagan intereses puedan devengarse intereses de demora sobre dichos intereses en el supuesto en que el prestatario no atiende en tiempo, el pago de la cuota pactada, c) la posibilidad de capitalizar intereses de demora en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual, garantizadas con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, ha sido desterrada tras la modificación de la ley Hipotecaria en virtud de la ley 1/2013, por lo que su imposición resulta abusiva.

El juzgado de instancia apreció la existencia de anatocismo porque la parte de intereses ordinarios que no se amortizaba se añadía, mes tras mes, al principal para generar un nuevo capital sobre el que se aplicaba de nuevo el 6,25%, capitalizándose también los intereses de demora.

Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la entidad hipotecante que fundamentó en los extremos que sucintamente indicamos: a) la capitalización que limita la ley 1/2013 de 14 de mayo impide el cálculo de intereses de demora sobre los propios intereses moratorios, lo que es distinto a la base sobre la que han de ser calculados que se halla en la suma de capital e intereses remuneratorios, b) los intereses moratorios no forman parte de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato pues no son contraprestación de otra prestación con la que pueda estar en equilibrio sino que su entrada en funcionamiento depende tan solo del comportamiento del incumplidor, por lo que no cabe hablar de condición abusiva de crédito salvo que se parta de que la prestataria tenía intención de no cumplir el contrato desde el principio, c) la cláusula de capitalización de los intereses no es abusiva porque durante los 24 primeros meses en que no había amortización de capital se acordó el pago de una cuota fija en concepto de intereses de 500 euros y la capitalización del resto de los intereses generados durante este periodo sí se negoció individualmente.

SEGUNDO.- Las cláusulas que anula la resolución de instancia contemplan la posibilidad de capitalizar tanto los intereses de demora (cláusula sexta de la escritura de 23 de noviembre de 2006), como los intereses ordinarios (cláusula tercera de la escritura de 5 de diciembre de 2008), reiterando en esta segunda escritura la capitalización de los intereses de demora, por lo que estudiaremos las referidas cláusulas en función del tipo de interés que autoriza a capitalizar.

En lo que afecta al *interés de demora* , la cláusula tercera de la escritura de 23 de noviembre de 2006 señala lo siguiente.



"Las obligaciones pecuniarias vencidas y no pagadas devengarán intereses sobre el importe vencido, sin necesidad de intimación ni perjuicio de las acciones resolutorias que a la Caja corresponden, al tipo nominal anual vigente incrementado en SEIS (6) puntos porcentuales. A tal efecto podrá la Caja capitalizar desde su vencimiento los intereses líquidos no satisfechos, cualquiera que sea su índole".

La posibilidad de capitalizar los intereses de demora ha sido prohibida desde la reforma del artículo 114 Ley Hipotecaria efectuada por la ley 1/2013 que en la redacción dada al expresado precepto establece que *"Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la ley de Enjuiciamiento Civil"*, por lo que la primera cuestión a determinar es si esta disposición puede aplicarse a una escritura redactada antes de su vigencia.

A tal efecto, entendemos que cuando la Disposición transitoria segunda de la citada ley 1/2013 otorga carácter retroactivo a la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos de la propia ley, no establece distinción alguna entre la limitación propiamente dicha, es decir, la que no permite un interés que supere el triple del legal del dinero, y la prohibición de capitalización de los intereses de demora, por lo que es razonable concluir que el legislador pretende beneficiar con esta medida a todos los deudores hipotecarios con procedimiento ejecutivos en trámite a los que se aplica un interés de demora superior al permitido por la propia ley y también a quienes sus intereses de demora hubiesen sido capitalizados.

La cláusula que permite la capitalización del interés de demora contenida en la póliza debe considerarse nula por abusiva, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 bis 1 de la Ley 29/1984, General de Consumidores y Usuarios, de aplicación a la escritura de 23 de noviembre de 2006, *"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*, teniendo en cuenta *"la naturaleza de los bienes y servicios"* y *"todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas"*. Y de igual modo debe reputarse nula la cláusula cuarta de la escritura de de 5 de diciembre de 2008 a la que ya es aplicable el artículo 82 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo apartado 4 d) califica de abusivas, *"en todo caso"* a las cláusulas que impongan al consumidor garantías desproporcionadas, situación que es la que acontece con la capitalización de los intereses de demora ya que a la sanción por el incumplimiento, consistente en la imposición del interés de demora, se suma, sin razón que lo justifique, el incremento del coste que supone la capitalización de los expresados intereses con grave perjuicio para el consumidor.

Por tanto, esta Sala debe ratificar la acertada consideración de la instancia en el sentido de que la posibilidad de capitalizar los intereses de demora prevista en la escritura debe ser anulada y excluida del contrato.

TERCERO.- Veamos a continuación si la cláusula que permite la *capitalización de los intereses ordinarios* no abonados durante el periodo comprendido desde el 31 de enero de 2009 hasta el 1 d enero de 2011 pueden considerarse abusivos.

En efecto, la escritura de fecha 5 de diciembre de 2008 en cuya virtud se novó la anterior de 23 de noviembre de 2006, introdujo como novedad la división de los periodos de pago en dos bloques: 1) el primero de una duración de 24 meses, en el que no se amortizaba capital y se liquidaban tan solo 500 euros al mes en concepto de intereses ordinarios, y 2) el segundo en el que ya se amortizaba capital y se pagaban los intereses ordinarios con normalidad.

Como quiera que el vencimiento anticipado del contrato tuvo lugar antes de concluido este primer periodo de carencia, debemos centrar nuestra atención en el pacto contenido en el apartado 3 de la mencionada cláusula tercera, en la que se convino que la parte de intereses que no resultaba liquidada con el pago de la cuota de 500 euros convenida, se acumularía al capital pendiente de amortización, de modo que como quiera que durante este periodo de carencia el interés permanecía invariable (recuérdese que se había convenido un interés fijo), se podía calcular y así se hizo el coste resultante de la operación, quedando establecido en un total de 15.283,52 euros el total de esta capitalización, a cuyo efecto se adjuntó como anexo el cuadro de la operación del que resultaba que al final del periodo inicial de los dos años, el capital pasaba de 203.314,48 euros a 218.598 euros.

La posibilidad de convenir que los intereses puedan devengar intereses, o pacto de anatocismo, tiene apoyo en la disposición contenida en el artículo 1109 del Código civil, se desprende del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil, y está también reconocido en el artículo 317 del Código de Comercio, como así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009 que cita la de 8 de noviembre de 1994.



"El problema que, en realidad, plantea el presente motivo se reduce escuetamente a determinar si nuestro ordenamiento jurídico permite que las partes, al celebrar un contrato de préstamo mercantil con intereses, puedan estipular expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados, lo que doctrinalmente se conoce como pacto de anatocismo. La respuesta que ha de corresponder al enunciado problema es de sentido afirmativo, y ello por las siguientes razones: 1ª) El principio de autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 Cci permite que las partes puedan celebrar el referido convenio, siempre que el mismo, además de no ser contrario a la moral, ni al orden público, no esté prohibido por la Ley, como no lo está, según veremos seguidamente. 2ª) El art. 1109 Cci, además de admitir en el inciso inicial de su párrafo primero e anatocismo legal, admite también el convencional, en el inciso siguiente de ese mismo párrafo primero, al decir «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto», con lo que, a sensu contrario, viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses. El citado precepto es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos mercantiles art.2 CCo), siempre que en ese Código no exista algún precepto específico que establezca lo contrario, cuyo precepto no sólo no existe, sino que el existente al respecto viene a confirmar aquél, como seguidamente decimos. 3ª) El art. 317 Cco que, en el inciso primero de su párrafo único, niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción ope legis, cuando dice que «los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses», admite expresamente, en cambio, el convencional, al decir en el inciso segundo de su referido párrafo que «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos». 4ª) El referido anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello (...) toda vez que la liquidez de los intereses vencidos y no satisfechos se produce automáticamente por la simple aplicación del tipo de interés pactado al capital prestado y al tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichos intereses. 5ª) Esta Sala tiene expresamente reconocida la validez del anatocismo convencional (Sentencias de 6 de febrero de 1906, 21 de octubre de 1911 y 25 de mayo de 1945), cuya doctrina jurisprudencial, aunque referida al artículo 1109 Cc, es también aplicable al 317 del CdC, por cuanto este precepto no sólo no contradice aquel, sino que lo confirma en lo que al anatocismo convencional se refiere [...]. 6ª) Es uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado".

Ahora bien, la posibilidad legal y jurisprudencialmente admitida de pactar lo que se conoce como anatocismo no significa un reconocimiento automático de la validez de tal pacto sino que las normas que obligan a proteger al consumidor han de llevarnos a analizar si la cláusula podría infringir las reglas de transparencia y/o de abusividad, y a tal efecto y con el expresado fin es preciso recordar los siguientes extremos:

En la escritura de 23 de noviembre de 2006 se había convenido un interés variable referenciado al euribor mas un punto, por lo que teniendo en cuenta que el euribor a un año era a esta fecha del 4,350% (BOE 18/12/2008), el interés que pagaba el prestatario era del 5,360%.

En la escritura de novación de 5 de diciembre de 2008 el expresado interés quedó fijado, para dos años, en el 6,25%, lo que significa un incremento de casi un punto.

Además se convino que los intereses que no se liquidaran con el pago de una cuota fija de 500 euros se irían incrementando al capital, de modo que este pasó de 208.300 euros, a diciembre de

Tal incremento del capital es el resultado de capitalizar los intereses no liquidados con el pago de los 500 euros mensuales convenidos.

Pues bien, a juicio de esta Sala, el pacto contenido en la cláusula tercera de la escritura de 5 de diciembre de 2008 no reúne las exigencias de concreción, claridad y sencillez que exige el artículo 80 del real decreto 1/2007 antes citado, porque si bien es cierto que se adjuntó un cuadro denominado "Anexo a Operaciones de Riesgo" en el que aparece un capital final para este periodo que supera el inicial, conviene tener en cuenta que en la cláusula segunda (f. 59 v y 60) se había pactado un primer periodo de carencia de capital de 24 meses en el que el prestatario quedaba obligado a abonar la suma de 500 euros para aplicar, hasta donde alcanzare, el pago de los intereses derivados de cada liquidación, sin que en la misma se estipulara sanción ni agravio alguno por el expresado acuerdo, salvo el ya visto que suponía el incremento del interés remuneratorio en relación al vigente en aquel momento.

El acuerdo de capitalizar el interés remuneratorio que no resultara liquidado con el pago de los 500 euros convenidos, se establece en la cláusula tercera de la escritura de novación, a la que ciertamente menciona la cláusula segunda, pero sin que esta referencia pueda considerarse suficiente a los efectos de acreditar que el prestatario estaba en situación de comprender que el periodo de carencia de amortización de capital tenía como sanción añadida al incremento del interés hasta entonces abonado (ya hemos visto que pasó del 5,36%



al 6,25%), el que el remanente del interés no pagado iría incrementando mensualmente el capital, de modo que al final de los 24 meses, el principal adeudada no eran los 208.3000 euros iniciales sino la suma de 218.233,36 euros.

El prestatario debía ser consciente porque así se deduce de los términos de la escritura, de que con el pago de 500 euros al mes no liquidaba la totalidad de los intereses ordinarios que se iban devengando, pero no podemos admitir que lo fuera también de que este remanente se capitalizaba mes a mes, pues esta posibilidad se infiere únicamente de la cláusula tercera y como acertadamente expone el juzgador de instancia, la entidad bancaria no acredita la existencia previa de una oferta vinculante que con mayor claridad que la que resulta de la propia escritura hubiera informado al prestatario de esta situación.

Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado debiendo ratificar esta Sala la decisión de la instancia.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva que se impongan a la parte apelante las costas de esta alzada (art. 398 LEC).

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra el auto de 6 de febrero de 2011 dictado por el Sr. Juez del juzgado de primera instancia número 5 de Manresa que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la apelante las costas de esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- En Barcelona, a, en este día, y una vez firmado por todos los Magistrados que lo han dictado, se da al anterior Auto la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.