



Roj: **AAP B 455/2015 - ECLI:ES:APB:2015:455A**

Id Cendoj: **08019370192015200087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **30/03/2015**

Nº de Recurso: **570/2014**

Nº de Resolución: **156/2015**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **ASUNCION CLARET CASTANY**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

Sección Decimonovena

ROLLO DE APELACIÓN Nº 570/2014-D

Ejecución Hipotecaria 979/2011

Juzgado Primera Instancia 3 Sant Feliu de Llobregat

A U T O Nº 156/15

Ilmos. Srs. MAGISTRADOS:

D. MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO

D^a ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ

Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a ASUNCIÓN CLARET CASTANY

En Barcelona, a treinta de marzo de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Contra el auto de fecha 20 de junio de 2014 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Sant Feliu de Llobregat se interpone Recurso de Apelación por el Procurador D. ROGER SAURA GONZALEZ en representación de D. Pedro y por la Procuradora D^a IRIS MARIA VEGA CANTERO en representación Teresa y el Procurador D. ROBERT FRANCESC MARTI CAMPO en representación de BANCO MARE NOSTRUM S.A. Remitidos los autos originales a esta Sección de la Audiencia y personados en tiempo y forma el apelante, se señaló día para votación y fallo en fecha 18 de marzo de 2015.

SEGUNDO .- La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente: "ESTIMO PARCIALMENTE la oposición formulada por Dña. Teresa y D. Pedro , representados, respectivamente, por los Procuradores IRIS M^a VEGA CANTERO y ROGER SAURA GONZÁLEZ contra BANCO MARE NOSTRUM, S.A., y declaro la abusividad de la cláusula contenida en el título ejecutivo relativa a intereses de demora, acordando su inaplicación, siguiendo la presente ejecución por la cantidad de 356.338'15 euros de principal, así como por la de 106.901'44 euros por intereses y costas de la ejecución.

Respecto a las costas derivadas de la presente oposición, cada una de las partes sufragará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

RAZONAMIENTOS JURIDICOS



PRIMERO. - La resolución dictada en la instancia, tras el análisis de los distintos extremos de controversia, rechaza la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, de la facultad de liquidación unilateral de la deuda, de la cláusula suelo y estima en parte la oposición apreciando la abusividad de la cláusula relativa a los **intereses moratorios** pactados al 19%, que declara nula excluyendo su aplicación. Frente a la misma se alzan todas las partes litigantes D^a Teresa interesa el sobreseimiento de la ejecución al no resultar válida la cláusula de vencimiento anticipado, máxime cuando desconocía el impago a tenor del convenio regulador aprobado por sentencia en cuya virtud correspondía a su ex marido hacer frente al pago de la totalidad de las cuotas hipotecarias. D. Pedro interesa asimismo el sobreseimiento dada la abusividad de la cláusula sexta bis a) -vencimiento anticipado-, cláusula no negociada individualmente y sin que se haya tenido el cuenta además otras circunstancias: duración del contrato, cuantía del préstamo y los importes obtenidos, abonados y pendientes. El BANCO MARE NOSTRUM S.A. impugna la resolución de instancia en cuanto a la abusividad decretada de la cláusula moratoria; dado que el interés del 19% no resulta excesivo atendidas las circunstancias del caso; procedencia del recálculo de la DT 2^a Ley 1/2013 ; y en todo caso subsidiaria aplicación del interés del art. 576 LEC y **1108** Ccivil.

SEGUNDO.- Comenzando por el estudio de los recursos formalizados por los ejecutados que entienden resulta abusivo el pacto de vencimiento anticipado sobre la base del impago del cuatro cuotas del préstamo hipotecario concedido el 4 de octubre de 2010 cabe destacar lo que sigue.

En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, aun admitida la prevalencia de la legislación comunitaria y de la jurisprudencia que la interpreta y aplica, existe una reiterada jurisprudencia comunitaria que pone de manifiesto que la cuestión de que tratamos es de orden público, que impone al tribunal examinar de oficio el contenido contractual, y, si aprecia que alguna cláusula es juzgada abusiva, debe ser declarada nula y expulsada del contrato sin que quepa al tribunal su integración o moderación a límites de no abusividad (v. sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2009 -asunto Asturcom , de 17 de diciembre de 2009- Asunto Eva Martín, relativo a la directiva 85/577 CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985-, de 9 de noviembre de 2010 -asunto Pénzügyi Lízing-, de 14 de junio de 2012 -asunto C-618/10/ y con relación, precisamente, a nuestro art. 83 del RDL 1/2007 y de 30 de mayo de 2013 -asunto C 488/11-).

Incluso con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, desde el punto de vista de la legislación del consumo, según la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/2011), a la hora de determinar la abusividad o no de esas cláusulas se debe comprobar "...si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción respecto a las normas aplicables en la materia y el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo" (apartado 73 de la sentencia). En los términos señalados, la cláusula de vencimiento anticipado puede ser considerada abusiva desde el punto de vista de la legislación del consumo, pero ello no en forma absoluta y abstracta sino en directa relación con las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

Abundando sobre el particular, en primer lugar, se ha de recordar que el pacto de vencimiento o resolución anticipada, además de estar expresamente admitido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art.693), ha sido reconocido como válido por una reiterada doctrina jurisprudencial, atendiendo a los usos de comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, siempre y cuando concurra justa causa para ello, esto es cuando exista una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que sin duda alguna se encuentra el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo, precisamente porque esa es la única obligación que se le impone al deudor para reintegrar su importe (así lo venían a recordar las sentencias de esta Sección de fecha 10 de abril de 2002 -rec. 103/2002 - y de 6 de mayo de 2005 -rec. 12/2005 -, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993 , 26 de noviembre de 1996 , 22 de diciembre de 1997 y 7 de febrero de 2000 , siendo también de citar, como más recientes, las sentencias del Alto Tribunal de 17 de enero de 2011 , 27 de marzo de 2009 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2012).

Con ese punto de partida, ya hemos indicado que la validez de ese pacto, legal y jurisprudencialmente declarado, puede verse afectada por la condición de ser considerado el mismo cláusula abusiva desde el punto de vista de la legislación del consumo, pero, como también hemos precisado, ello no en forma absoluta y abstracta sino en directa relación con las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

Y en éste nos encontramos con que, incluido el pacto en un préstamo con garantía hipotecaria, en nuestro Derecho existe la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tanto en su redacción vigente en la fecha en que la entidad financiera declaró el vencimiento anticipado



como en su redacción actual, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo que permite anular en forma completa los efectos del vencimiento y resolución anticipada, mediante el pago parcial de las cantidades efectivamente adeudadas con sus intereses y costas, por lo que, para el caso de instarse la acción hipotecaria, es posible enervar esa acción y la resolución anticipada mediante dicho pago parcial; es indiscutible la esencialidad de la obligación incumplida por los prestatarios, pues, siendo patente que el incumplimiento de la obligación de pago las cuotas de amortización y pago de intereses ordinarios tiene la consideración de obligación de carácter esencial no se rebate que, como el mismo destaca, cuando se procede al cierre y liquidación de la cuenta del préstamo, constan más de cuatro cuotas impagadas por tanto se hizo valer la facultad de vencimiento anticipado cuando se había superado los tres plazos previstos en el citado artículo 693.1, tras la reforma llevada a cabo por la también referida Ley 1/2013, de 14 de mayo, por lo que se había producido el incumplimiento en los términos previsto en ese artículo. A partir de la fecha del cierre no consta pago alguno, lo que revela una actitud claramente obstativa al abono del préstamo.

En definitiva, no puede decirse que el vencimiento anticipado resulte abusivo, por lo que, junto con las razones del auto apelado, determina el rechazo de la abusividad postulada (Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 11 de julio de 2013, sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, de 28 de julio de 2013, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 29 de octubre de 2013, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 27 de enero de 2014, entre otros.).

Debiendo tan solo significar en relación a las alegaciones de Doña. Teresa sobre el pacto asumido en virtud de convenio regulador aprobado judicialmente por Don. Pedro del pago de las cuotas hipotecarias, que dicho pacto no puede modificar las obligaciones contraídas por los prestatarios frente a la entidad prestamista (totalmente ajena y extraña al sentido y contenido de aquel) sin perjuicio de la acción de repetición que, en su caso, proceda ejercitar.

Los recursos perecen.

TERCERO.- En cuanto al interés moratorio pactado y establecido en un 19% y como ya nos hemos pronunciado con anterioridad: "La cuestión a determinar es si la cláusula en la que se establece el interés de demora del 19% es abusiva. Y así debe considerarse al amparo de lo prevenido por el art. 82 del TR LGDCU. Se trata de comparar los derechos y obligaciones, según la cláusula que se considera abusiva, a los derechos y obligaciones que otorga el Derecho dispositivo y ver después si en el resultado de esa comparación hay un desequilibrio. Para efectuar tal comparación se han venido utilizando diferentes parámetros: primero el del Derecho dispositivo, que es el interés legal (art. 1108); segundo, por analogía, el del Derecho Imperativo para una concreta operación con consumidores, que es 2.5 veces el interés legal (20.4 LCC, aplicable a descubiertos en cuenta corriente); tercero, y por analogía también, el Derecho dispositivo para operaciones entre empresas (7 puntos más el Banco Central europeo art. 7.2 Ley 3/2004, de 29 diciembre de lucha contra la morosidad)".

La consecuencia conforme a lo prevenido por el art. 83 LGDCU es su nulidad de pleno derecho y que se tenga por no puesta. Puesto que como así dijimos: "No lo es menos que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010), dictada con motivo de una cuestión de constitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, establece en su fallo: "2) 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, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, 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." Y lo anterior por que la citada resolución establece literalmente lo siguiente:

-65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

-69 Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes



citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

-71 Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

Quiere decir lo anterior que si se considera abusiva una cláusula predisuelta, la consecuencia debe ser su nulidad de pleno derecho y que se tenga por no puesta, sin que haya lugar a su moderación o integración. Es lógica esta decisión en tanto que la facultad moderadora de los Tribunales así utilizada implicaría que el juez auxilie al predisponente en una tarea que éste debería haber cumplido formulando la cláusula de manera no abusiva. La reducción conduce a resultados distintos a los del Derecho dispositivo y conculca la finalidad preventiva de la regulación sobre cláusulas abusivas, pues el predisponente puede arriesgarse a introducir cláusulas abusivas en sus contratos con consumidores sin mas consecuencias desfavorables que sufrir cierta moderación."

Por todo ello comprobamos que ninguno de los argumentos de la recurrente puede ser acogido toda vez que como ya hemos dicho entre otros, Auto de 19 de diciembre de 2012, y sabido que no hay criterios normativos directos que establezcan la medida de lo que debe entenderse por intereses de demora adecuados en operaciones de préstamo, crédito o similares, como sucede en otros ámbitos, como, por ejemplo, en el de la responsabilidad de las aseguradoras. Rige únicamente el criterio genérico del art. 85.6 del R.D.L 1/2007 de que deben proscribirse "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". Es preciso buscar fuera de la norma directa, porque no existe, sin que ello suponga dejar de tener en cuenta referencias normativas indirectas, la medida de lo que en cada caso debe considerarse dentro o fuera de la proporción admisible, de lo que puede y debe ser considerado admisible o, por el contrario inadmisibile, por excesivo y abusivo, y necesitado de la oportuna corrección.

Se trata de comparar la cláusula que establece los intereses de demora con otros elementos que deben servir de la necesaria referencia y ver de esa forma si se produce la proporción o desproporción a que alude la norma legal. Para efectuar la comparación se han venido utilizando diferentes parámetros, como el interés legal, bien añadido al interés remuneratorio establecido en el contrato, bien tomado como base de proporción o índice multiplicador, principalmente de 2'5, por remisión interpretativa a la Ley de Crédito al Consumo; el propio interés remuneratorio del contrato tomado como base de la proporción, con la eventual introducción en este caso de un índice variable según sea el nivel de tal tipo de interés; el interés señalado por la ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad, etc. Los ejemplos que se obtienen de las bases de datos de jurisprudencia son variados y consiguientemente también lo son las conclusiones y soluciones que se extraen sobre un mismo tipo de situaciones, lo que es perturbador, pero inevitable por no haber, como hemos dicho, unos parámetros legales directos que en lo posible sienten las bases de actuación. Y ello sin dejar de considerar las características de la operación concreta y las circunstancias de los intervinientes, en particular de los prestatarios, pues no es lo mismo aquellas que están provistas de medidas de garantía que representan un menor riesgo para el prestamista y por lo general tienen unos intereses ordinarios menores que aquellas otras que suponen más riesgo y que permiten una mayor onerosidad de tales intereses y de los devengados por incumplimiento.

Lo que sí es cierto en el caso que nos ocupa, cualquiera que sea la medida o referencia que se tome, de entre las indicadas y de usual aplicación, el juicio que merece el tipo de interés de demora es absolutamente negativo desde el punto de vista de la proporción que exige la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, este Tribunal, en línea con otras resoluciones de la jurisprudencia menor, entre otras de esta A. Provincial, Secc. 11ª de 17 de octubre de 2014, Secc. 1ª de 17 de junio de 2013 y 14 de octubre de 2014, Secc. 13ª de 2 y 3 de octubre de 2014, Secc. 4ª de 17 de septiembre de 2014, y otras Audiencias Provinciales Pontevedra de 14 de octubre de 2014 y 5 de diciembre de 2013, A.P. Ciudad Real de 11 de julio de 2013, entiende que declarando nulo por abusivo el interés de demora pactado por las partes y no siendo posible proceder a su moderación o integración de acuerdo con la jurisprudencia emanada por el T.JUE, ni a su recálculo, al no haberlo solicitado la parte en el trámite previo que tuvo con anterior a la declaración de abusividad por el juzgador a quo, como así resulta del escrito de alegaciones de febrero de 2014 en el que se opuso totalmente a la declaración del carácter abusivo lo que procede es la aplicación del interés legal de demora conforme a lo prevenido en el art. 1108 Código Civil, al declararse nula y expulsada del contrato la cláusula contractual de demora pactada. Pues si no hay pacto sobre el interés de demora, y partiendo de la voluntad de las partes de



pactar intereses de demora con arreglo al principio de autonomía de la voluntad y libertad de pactos (art. 1255 y 1258C. Civil), la indemnización de daños y perjuicios solo puede consistir en el interés legal. Puesto que consideramos que la jurisprudencia del STJUE únicamente prohíbe la técnica de integrar el contrato cuando se ha declarado nula alguna cláusula, pues ello favorecería a la parte predisponente, pero sin que ello implique la consecuencia de aplicar la regulación resultante del derecho dispositivo, pues no supone un mecanismo de integración prohibido sino una modalidad legal de suplir la laguna contractual sobrevenida por la declaración de nulidad. Debiéndose añadir que la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio no debe conducir al efecto de equiparar al deudor cumplidor con el moroso, pues de forma palmaria se desvanecería la disuasión de una cláusula de **intereses moratorios** sobre potenciales incumplidores máxime cuando se aprecia una voluntad contractual que prevé dicha situación.

El motivo se acoge en los términos referidos.

CUARTO.- Las costas de la alzada se imponen a los recurrentes art. 398.1 LEC -. Y en cuanto al Banco impugnante no se hace especial declaración a tenor de lo dispuesto en el art. 398.2 LEC .

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, **ACUERDA** : DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro y D^a Teresa contra el Auto dictado en fecha 20 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Feliu de Llobregat en los autos de los que el presente rollo dimana, y CONFIRMAR íntegramente la misma con imposición de las costas de esta alzada a los apelantes.

ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por BANCO MARE NOSTRUM S.A. y REVOCAR PARCIALMENTE el auto de fecha 20 de junio de 2014 en el único sentido de mantener la declaración de abusividad del interés de demora pactado debiendo la ejecutante presentar nueva liquidación arreglada al artículo **1108** CCivil, sin hacer especial declaración de las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con testimonio del mismo para su cumplimiento.

Lo mandan y firman los Il^lmos. Sres. Magistrados de la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Barcelona D^a MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO, D^a ASUNCIÓN CLARET CASTANY, D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ. doy fe.