



Roj: **SAP PO 879/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:879**

Id Cendoj: **36038370012015100159**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2015**

Nº de Recurso: **112/2015**

Nº de Resolución: **160/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00160/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 112/15

Asunto: ORDINARIO 101/14

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 160

En Pontevedra a veintinueve de abril de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 101/14, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 112/15, en los que aparece como parte apelante-demandado: NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. JOSE PORTELA LEIROS, y asistido por el Letrado D. GABRIELA LAGOS SUAREZ-LLANOS, y como parte apelado-demandante: D. Romualdo , D. Verónica , representado por el Procurador D. MARIA SUSANA TOMAS ABAL, y asistido por el Letrado D. JOSE CARLOS CORREDOIRA OTERO, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 11 noviembre 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Tomás Abal, en nombre y representación de D. Romualdo Y DOÑA Verónica contra NOVAGALICIA BANCO, SA (NCG, SA), en base a los siguiente pronunciamientos:



1.-DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD de la cláusula Tercera Bis e) del préstamo hipotecario, contenida en la escritura de 26 de mayo de 2003.

2.-DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad financiera demandada NCG BANCO, SA a pasar por dicha declaración de nulidad y a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo a que se refiere la demanda y a abstenerse de utilizarla en un futuro.

3.-DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a NCG BANCO, SA de los restantes pedimentos deducidos en su contra en la demanda, no habiendo lugar a la retroactividad de las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula declarada nula.

4.-DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la cláusula Sexta del préstamo hipotecario, con la EXCLUSIÓN de la cláusula de **intereses moratorios** y devengado el capital prestado solamente el interés legal del dinero, y con aplicación del art. **1108 CC** .

La estimación parcial de la demanda conlleva la imposición a la demandada del abono de los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia, incrementados en dos puntos más los intereses por mora, desde la interposición de la demanda hasta el efectivo pago de la misma.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Con fecha 20 noviembre 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

Dispongo ACLARAR Y RECTIFICAR que cuando en la sentencia de 11 de noviembre de 2014 dice en su fundamento de derecho undécimo "Asimismo, deberá abonar los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia, incrementados en dos puntos", en su lugar ha de decir que "no deberá abonar los intereses del art. 576 de la LEC " y suprimir en el Fallo donde dice "La estimación parcial de la demanda conlleva la imposición a la demandada del abono de los intereses legales del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia, incrementados en dos puntos más los intereses por mora, desde la interposición de la demanda hasta el efectivo pago de la misma".

Manteniendo el resto de pronunciamientos."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por NCG BANCO SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso queda limitado con relación a lo discutido en primera instancia, pues tan solo permanece la discusión sobre la declaración de nulidad de la cláusula de **intereses moratorios** incluida en un contrato de préstamo hipotecario destinado a la adquisición de vivienda habitual.

El préstamo, formalizado en escritura pública de 26.5.2003, incluía una cláusula sexta en la que se fijaba un interés de demora del 18%. La parte actora calificaba dicho tipo como "desproporcionado, excesivo y abusivo", por referencia al interés legal del dinero, que en la fecha de suscripción del préstamo era del 4,25%.

La sentencia de primera instancia resuelve la cuestión en su fundamento jurídico décimo con fundamento en la cita de la sentencia Aziz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE C-415/11, de 14.3.2013); se invocaba también la sentencia dictada por el juzgado que planteó la cuestión en aplicación de la doctrina sentada por el TJUE, resolución que ha sido parcialmente revocada por el correspondiente órgano provincial (sentencia secc. 15ª AP de Barcelona, de ...); seguidamente la sentencia hace referencia a la modificación del art. 114 LH operada por la Ley 1/2013, que como es sabido ha limitado el interés de demora en préstamos hipotecarios a consumidores sobre vivienda habitual al triple del interés legal del dinero, con prohibición del anatocismo y hace aplicación de la disposición transitoria segunda de dicho texto legal , de la que infiere la posibilidad de la aplicación de la norma a situaciones surgidas antes de su entrada en vigor. El núcleo argumentativo de la sentencia se centra en demostrar que un interés como el pactado resulta abusivo por superar el límite del triple del interés legal, por lo que resulta desproporcionadamente alto; apreciada la nulidad de la cláusula, y no siendo posible la integración del contrato, la sentencia aplica la tesis seguida por la sala de magistrados de esta Audiencia Provincial y considera que, apartada la cláusula nula, el interés moratorio queda determinado por la norma supletoria del art. **1108** del Código Civil .

Contra dicho pronunciamiento se alza la entidad financiera, que considera que la sentencia no ha tomado en cuenta las particulares circunstancias en la que fue otorgado el préstamo, realizando un control abstracto,



puramente jurídico, desvinculado del caso concreto. El recurso argumenta con las conclusiones de la Abogado General en el caso Aziz, que fijó como criterios para apreciar a abusividad de la cláusula en cuestión la naturaleza del interés de demora y la habitualidad de los tipos aplicados para la misma situación y clase de contratos. El recurso sostiene que en la fecha en la que se formalizó el préstamo el tipo de interés de demora pactado era habitual en esa clase de operaciones, al punto de que numerosas resoluciones judiciales habrían aceptado tipos de interés incluso superiores al fijado en el contrato objeto del proceso; finalmente se sostiene que la sentencia resulta incongruente, pues en la demanda se solicitaba la imposición del límite legal del triple del interés legal del dinero, mientras que la sentencia ha optado por la aplicación de un interés inferior.

SEGUNDO .- La cuestión de la nulidad de una cláusula como la que ocupa ha sido abordada, en efecto, en resoluciones anteriores de este órgano provincial. Así, en nuestro auto de 27.6.2013 (recurso 228/13) afirmamos que "en el momento presente, tras la entrada en vigor de la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, la apreciación de abusividad de la cláusula de interés de demora se simplifica al incorporarse un tercer párrafo al art. 114 de la LH , del siguiente tenor " *Los intereses de demora de préstamos o créditos para 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 solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. 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* ", y establecerse en el párrafo 2º de la Disposición Transitoria Segunda de la precitada Ley 1/2013, que " *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 idéntico sentido se pronunció nuestro auto de 22.11.2013 y el de 18.7.2013 , así como las sentencias de 14.10 y 13.11 de 2014, entre otras.

En consecuencia, haciendo aplicación de la norma, el interés del 18% previsto en la escritura resultaría nulo por contravención de norma imperativa, pues en tal caso, como indica la nueva norma hipotecaria, el interés moratorio no puede superar tres veces el legal del dinero y ha de devengarse sobre el principal pendiente de pago sin posible capitalización.

Debemos recordar además que al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y el art. 82.1 TRLCU, determinan que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato de préstamo, sin que proceda moderación ni integración de ninguna clase, de manera que bajo ningún concepto pueda vincular al deudor.

El debate entre la expulsión sin más de la cláusula nula o la posibilidad de modulación o "reconstrucción" del contrato por el tribunal exige partir, como recuerda la sentencia recurrida, de las afirmaciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), en la que, después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (C-26-13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerne Rábai/OTO Jelzálogbank), ha declarado que en el caso de que la supresión de una cláusula abusiva hiciera imposible ejecutar el contrato, la Directiva 93/13 no se opone a que el Juez nacional la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, y en análogo sentido, la sentencia del mismo Tribunal y fecha, C-280/13, Barclays Bank, S.A., excluye que la Directiva 93/13 extienda su ámbito de aplicación a las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, cuando no exista una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones. Y sobre este particular, la Sala de magistrados de este órgano provincial, como recoge la sentencia objeto de recurso, ha entendido que "... en los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art. 1108 CC , de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero." (acuerdo de 7.6.2013), criterios que consideramos compatibles con la doctrina establecida en la STJUE de 21.1.2015 .

De esta forma en el supuesto que nos ocupa en que se evidencia que estamos ante un contrato de préstamo hipotecario para consumidores, garantizado con su vivienda habitual, no constando ninguna circunstancias



especial o resaltable, ni cuestionado que estamos ante cláusulas predisuestas y generales (destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada), atendiendo a los intereses de demora pactados, superando el triple del interés remuneratorio el 18%, debe considerarse abusiva la cláusula, con los efectos antes señalados de dejarla sin efecto en su integridad, devengando el principal como interés de demora únicamente el interés legal del dinero (art. 1108 CC), sin que ello suponga otorgar más de lo pedido sino, simplemente, hacer aplicación de las consecuencias legales derivadas de la nulidad, por lo que el pronunciamiento de la sentencia resulta correcto.

En consecuencia, el recurso se desestima.

TERCERO .- Conforme al art. 394.2 en relación con el art. 398, las costas de esta alzada se imponen a la recurrente.

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de NCG BANCO, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra en autos de juicio ordinario 101/2014, resolución que confirmamos en su integridad, con imposición a la apelante de las costas devengadas en segunda instancia. Se acuerda la pérdida del depósito constituido.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.