



Roj: AAP CS 13/2013
Id Cendoj: 12040370032013200001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Castellón de la Plana/Castelló de la Plana
Sección: 3
Nº de Recurso: 455/2013
Nº de Resolución: 290/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ADELA BARDON MARTINEZ
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 455 de 2013

Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Villarreal

Juicio incidente de oposición número 182 de 2013

AUTO NÚM. 290 de 2013

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Magistrados:

Doña **ADELA BARDÓN MARTÍNEZ**

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a dieciocho de diciembre de dos mil trece.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día cuatro de junio de dos mil trece por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Villarreal en los autos de Juicio incidente oposición seguidos en dicho Juzgado con el número 182 de 2013.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Mª Pilar Barrachina Pastor y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Vicente Morales **Martínez**, y como apelado, Don Everardo, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Sonia López Roch y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Alejandra Peirats Santa-Ageda.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D/ª. **ADELA BARDÓN MARTÍNEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: " **ESTIMAR LA IMPUGNACIÓN DE LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN DE INTERESES interpuesta por la Procuradora Sra. López Roch en nombre y representación de Everardo contra BBVA, debiendo presentarse nueva propuesta de liquidación conforme a lo establecido en esta resolución.-**".

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte resolución acordando que la estimación de la impugnación de la propuesta de liquidación de intereses, o la desestimación de la presentada por la apelante, es parcial, por lo que de conformidad con el art. 394.2 LEC, no procede la imposición de costas a esta parte, sino que cada parte abonará las costas causadas a

su instancia y las comunes por mitad. Que la propuesta de liquidación de intereses aportada por la apelante calculada al límite establecido por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de tres veces el interés legal (12%), es procedente y ajustada a derecho de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley. Y que no procede la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, declaración que en todo caso no se fundamenta debidamente.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte Auto confirmando el dictado en primera instancia, con condena en costas causadas en ambas instancias a la apelante. Y sin que proceda en caso de estimación del recurso interpuesto de contrario la condena en costas por no haberlo solicitado el recurrente. Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 2 de septiembre de 2013 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, y por Providencia de fecha 24 de octubre de 2013 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 29 de noviembre de 2013, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los expuestos en el Auto apelado **EXCEPTO el segundo** que se sustituye por los siguientes:

PRIMERO.- El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. planteó demanda de ejecución hipotecaria frente a D. Everardo, en el que después de adjudicada la finca hipotecada se practicó la liquidación de intereses por la entidad bancaria. De esa liquidación se dio traslado a la parte ejecutada quien formuló oposición a la misma, mostrando su disconformidad con el periodo liquidado y con la cuantía total de la liquidación de intereses reclamada, lo que motivó que se citara a las partes a una comparecencia a los efectos previstos en el artículo 715 de la LEC, tras la que se dictó Auto en el que se acordaba estimar la impugnación de la propuesta de liquidación de intereses, debiendo presentar nueva propuesta de liquidación conforme a lo establecido en esa resolución, dado que los intereses moratorios pactados son nulos de pleno derecho y deben calcularse aquellos conforme a lo establecido en el artículo 576 de la LEC.

Interpone frente a esta resolución recurso de apelación la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en el que refiere en primer lugar que no se había alegado cuando se formuló oposición que el interés pactado fuera nulo, habiendo sido otras las cuestiones planteadas, por lo que o bien debió estimarse parcialmente la impugnación o bien desestimarse pero nunca decretarse una estimación total, la consecuencia de ello es que pide que no se realice expresa imposición de costas de la primera instancia.

En segundo lugar manifiesta que en la vista celebrada presentó una nueva liquidación de intereses, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, donde volvió a calcular los intereses con un límite de tres veces el interés legal del dinero (12%), por lo que solicita que se declare que este recálculo es procedente.

Y finalmente en cuanto a la nulidad del tipo de interés moratorio pactado por entenderse abusivo, alega que en ningún momento se había declarado esa nulidad de los intereses por ser abusivos, sin que de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2003 resulte procedente entrar a valorar si la cláusula pactada era o no abusiva y nula, por cuanto había que aplicar en todo caso el límite previsto en la ley, incluso aunque se hubiera declarado abusiva dicha cláusula.

Pide por ello que la estimación de la impugnación a la propuesta de intereses se declare que es parcial, lo que supone que no se realice expresa imposición de costas de la instancia. En segundo lugar que se declare que la propuesta de liquidación de intereses que esa parte presentó, con un límite de tres veces el interés legal (12%), se declare procedente y ajustada a derecho, Y finalmente solicita también que se acuerde que no procede la declaración de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, que en todo caso no se fundamenta debidamente.

SEGUNDO.- Comenzando por la primera cuestión planteada no le falta razón al apelante en cuanto manifiesta que no ha habido una estimación integral de la impugnación de la liquidación de intereses, sino en todo caso parcial.

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó una liquidación de intereses, en fecha 1 de septiembre de 2011, por un importe total de 41.981,56 €, y la oposición que formuló D. Everardo lo fue por discrepar

en cuanto al periodo liquidado y respecto de la cuantía total de liquidación de intereses por no especificar los cálculos que se han llevado a cabo. Ambas cuestiones han sido resueltas en la resolución recurrida desestimando las mismas, si bien se acogió otra cuestión que se planteó en el acto de la vista, que fue el carácter abusivo de los intereses de demora.

No ha habido en consecuencia una estimación íntegra de la impugnación, lo que supone que en cuanto a las costas de la instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394-2 de la LEC por la remisión efectuada en el artículo 716 del mismo texto legal, no se realice expresa imposición, abonando cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitades, por lo que se estima este primer motivo del recurso.

TERCERO.- Lo que plantea a continuación el recurrente es que él presentó en el acto de la vista una nueva liquidación de intereses, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, con un límite de tres veces el interés legal (12%), por lo que debe estimarse la misma.

Esto es cierto, ya que consta al folio 42 otra liquidación presentada el día de la vista, el 21 de mayo de 2013, con un resultado de 26.514,67 €, pero no supone que deba estimarse esa liquidación y fijarse los intereses en esa cantidad.

La Ley 1/2003, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en su artículo 3 apartado Dos, ha añadido un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en el que se establece que *"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 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"*

Por su parte la Disposición Adicional Segunda de la misma norma, en cuanto a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual dispone que *"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 de 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 judicial, 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"

El criterio de esta Sala es que frente a la norma invocada, Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, debe prevalecer el contenido de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de forma que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un interés inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada.

En el Auto de esta Sala núm 134, de fecha 12 de julio de 2012 y en nuestra Sentencia de esta Sala núm. 92, de fecha 26 de febrero de 2013, entre otros, al referirnos a esta cuestión ya dijimos que *"La consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas mencionadas es la de su no aplicación, no estando facultado el tribunal para integrar dicho contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas, como así resolvió el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, de fecha 14 de junio de 2012, para los intereses de demora ya que dicha facultad integradora, es decir, aplicando un tipo de interés de demora inferior al pactado, se opone al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La razón de ello es que el ejercicio de la facultad integradora y moderadora podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13, ya que 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, 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."*

La consecuencia de la aplicación de dicho criterio al caso es que, eliminada del contrato la cláusula de interés moratorio y prohibida la integración del contrato en esta vertiente, la mora del deudor no puede devengar interés alguno, lo que consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en el contrato y contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el tribunal comunitario."

Con el mismo criterio en nuestro Auto núm 258, de fecha 18 de noviembre de 2013, también hemos dicho que " *Por lo que respecta a la solicitud de la parte apelante de que se limite la cuantía de los intereses moratorios al límite del triplo del interés legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 1/2.013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, debe indicarse que declarada la nulidad radical de la cláusula en que se pacta el interés moratorio al considerar abusivo dicho pacto, no puede moderarse o recalcularse el interés pactado por cuanto, como anteriormente se ha expuesto, la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como la doctrina del Tribunal Supremo, es que declarada la nulidad de una cláusula por abusiva no puede moderarse la misma, ya que lo que es nulo ningún efecto produce, debiéndose tener por no puesta".*

Ha seguido un criterio similar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, núm 222, de fecha 11 de julio de 2013 (ROJ: SAP CR 831/2013), Recurso: 20/2013, donde tras establecer que la cláusula que establece el interés moratorio es nula por abusiva y en base a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, concluye también que aun teniendo en cuenta el contenido de la referida Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, dicha cláusula debe tenerse por no puesta y con ello resulta procedente la supresión de los intereses de demora por ser abusivos.

Rechazamos por tanto el segundo de los motivos del recurso de apelación, por lo que debemos entrar en el examen del último de los que se alegan, referido a la nulidad del tipo de interés moratorio pactado por entenderse abusivo, donde se manifiesta que en el momento en que se presentó el recálculo no se había declarado la nulidad de la cláusula, de oficio ni a instancia de parte porque ni siquiera se había denunciado esta cuestión, por lo que debe estarse al contenido de la mencionada Disposición Adicional, debiendo valorar para declarar la nulidad de la cláusula la naturaleza del objeto del contrato y considerar las circunstancias concurrentes, alegaciones que no compartimos.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (asunto C-397/11), de 30 de mayo de 2013 se vuelve a insistir en su doctrina sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el marco de la Directiva 93/13/CEE, y se planteaba la cuestión de que pueda examinar esta cuestión incluso el tribunal de apelación, por lo que sí que puede la Juez de primer grado, en el momento de decidir sobre la liquidación de intereses, declarar la nulidad de la cláusula en la que se establecen los intereses de demora.

Así ha de ser, con arreglo al principio de primacía del derecho comunitario, o derecho de la Unión Europea, en cuya virtud no debe ser aplicada la normativa estatal interna que sea contraria a la disciplina legal comunitaria.

Con arreglo al principio de primacía, el Derecho europeo tienen un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Se trata de un principio fundamental del Derecho europeo que, como el de efecto directo, no está inscrito en los tratados, pero ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desde la Sentencia **Costa contra Enel** de 15 de julio de 1964 , al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, obligados a respetarlo y que, en virtud de la primacía del derecho de europeo, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea; ello no supone la anulación o derogación del Derecho nacional, sino que su carácter obligatorio queda suspendido.

En el presente caso, entiende el tribunal que una vez que el tercer párrafo del art. 114 de la Ley Hipotecaria establece, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, que 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, toda cláusula que prevea un interés de demora superior a dicho límite es abusiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho, al interpretar la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que el tribunal nacional debe aplicar, incluso de oficio y tanto en la instancia, como en apelación, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, como también que la nulidad de la cláusula abusiva debe dar lugar a la inaplicación de la misma, sin que deba integrarse moderarse(SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013).

Desde la perspectiva que la anterior doctrina ofrece y en el ámbito de contratos celebrados con consumidores, una norma como la que, contenida en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, ofrece un cauce para el recálculo de los intereses de demora, es contraria al derecho y a la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que permite la integración de la cláusula de intereses abusivos y por lo tanto puede ser inaplicable por el tribunal.

Es cierto por otra parte que lo que establece la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 14 de marzo de 2013, no es lo que se dice en la resolución recurrida en cuanto se refiere a que se consideran abusivas las cláusulas que establezcan un interés moratorio que exceda del triple del interés legal del dinero al tiempo de la celebración del contrato. Lo que que ha mantenido por el contrario dicha resolución es que "... en segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos".

A partir de estas consideraciones, que ya había realizado con anterioridad el mismo tribunal en otras resoluciones, el criterio de esta Sala con anterioridad a la Ley 1/2003 desde nuestro Auto núm. 134, de fecha 12 de julio de 2012 y de nuestra Sentencia núm. 367, de la misma fecha, ha sido el de tomar como referencia y con carácter analógico 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, consistente en 2,5 veces el interés legal del dinero. Este criterio es muy similar al que establece la Ley 1/2013, en el artículo antes transcrito, en el sentido de fijar como límite tres veces el interés legal del dinero, por lo que en uno u otro caso un interés del 19 %, como la propia parte reconoce es excesivo, en cuanto es superior a cualquiera de estos límites, por lo que entendemos que acierta la Juez de instancia cuando declara el carácter abusivo y por tanto la nulidad de la cláusula de los intereses de demora, lo que supone que también debamos desestimar el tercero de los motivos del recurso, cuya estimación es por ello parcial.

CUARTO.-Con relación a las costas de la alzada no realizamos expresa imposición al estimar parcialmente el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 398-2 de la LEC.

Por otro lado, deberá procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Que **estimando en parte** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Villarreal en fecha cuatro de junio de dos mil trece, en autos de Juicio incidente de oposición seguidos con el número 182 de 2013, **REVOCAMOS la resolución recurrida en el único sentido de dejar sin efecto la imposición de costas de la primera instancia, porque la estimación de la impugnación de la liquidación de intereses es parcial.**

Mantenemos el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida

No se realiza expresa imposición de costas de la alzada.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.