



Roj: **AAP M 119/2016 - ECLI: ES:APM:2016:119A**

Id Cendoj: **28079370102016200007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **08/03/2016**

Nº de Recurso: **58/2016**

Nº de Resolución: **88/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL FERNANDEZ DEL PRADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007750

**N.I.G.:** 28.148.00.2-2015/0006802

**Recurso de Apelación 58/2016**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Torrejón de Ardoz

Autos de Ejecución Hipotecaria 1135/2015

**APELANTE:** UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA EFC

PROCURADOR D./Dña. FELIX DEL VALLE VIGON

**A U T O N° 88/2016**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a ocho de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Ejecución Hipotecaria 1135/2015 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Torrejón de Ardoz, seguidos entre partes, de una como apelante-demandante UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA EFC, representada por el Procurador Dña. FELIX DEL VALLE VIGON, y defendida por Letrado.

Siendo Magistrado Ponente Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Torrejón de Ardoz, en fecha 5 de octubre de 2015, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO : " SE CONSIDERAN NULAS LAS CLÁUSULAS RELATIVAS AL INTERES MORATORIO DEL 18% Y AL CÁLCULO DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS SOBRE LA BASE DEL **AÑO COMERCIAL**.

LAS ANTERIORES NULIDADES SE DECLARAN A LOS SOLOS EFECTOS DE LA PRESENTE EJECUCIÓN".



**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de fecha 29 de enero de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 8 de marzo de 2016.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** En fecha 14 de octubre de 2004 se otorgó escritura pública de préstamo hipotecario, interviniendo Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito, como prestamista, y D. Raimundo y Doña Estefanía, como prestatarios; ascendiendo el importe del préstamo a 238.300 €. Los prestatarios incumplieron su obligación de pago a los vencimientos.

El Procurador D. Félix del Valle Vigón, en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito, formuló demanda ejecutiva contra los prestatarios, en reclamación de 135.421,69 € en concepto de principal, 10.004,32 € por intereses remuneratorios y 535,71 € en concepto de intereses moratorios.

En fecha 5 de octubre de 2014 se dictó auto, declarando nulas las cláusulas relativas al interés moratorio del 18% y al cálculo de los intereses remuneratorios sobre la base del **año comercial**; dándose traslado a la parte ejecutante para que presente nueva liquidación de deuda. Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

**SEGUNDO.-** El artículo 1.740 C.Civil dispone que "Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo"; habiéndose producido, en este caso, el incumplimiento por la parte prestataria, que no ha procedido al abono de las cuotas pactadas.

En el presente supuesto, los prestatarios son consumidores, encontrándose amparados y protegidos por el 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, que en su art.3 se refiere al concepto general de consumidor y usuario, disponiendo que "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"; siendo de aplicación por tanto el art. 82 de la referida ley, según el cual "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas cláusulas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Sobre las cláusulas abusivas, la Directiva 93/13/CE de 5 de abril de 1993, en su artículo 3, dispone que "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan, en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Partiendo de dicha Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( TJUE), en sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11 precisa que para determinar si una cláusula causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional ha de valorar en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente; abundando en dicha tesis en la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11. El Tribunal Supremo ha seguido dicha doctrina, en sentencia de 9 de mayo de 2013, entendiendo que "Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas al control de su carácter eventualmente abusivo". Incluso, el TJUE va más allá, en la sentencia de 17 de julio de 2014, López Morcillo y Abril García C-169/14, indicando que el procedimiento hipotecario previsto en nuestra LEC no se atempera a los dictados de la Directiva citada, al impedir que se haga uso efectivo de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea en las relaciones entre consumidores y profesionales.

En dicho contexto hemos de analizar la posible abusividad de las cláusulas litigiosas, contenidas en la escritura pública de préstamo hipotecario que se pretende ejecutar.



**TERCERO.-** La cláusula sexta de la escritura de préstamo se refiere a los intereses de demora, estableciendo lo siguiente: "Las cuotas vencidas e impagadas devengarán desde su vencimiento intereses de demora calculado al tipo del 18,00 por ciento, aplicable sobre cada cuota vencida e impagada"

La entidad ejecutante, al efectuar la liquidación, ha aplicado un interés de demora del 12%, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el cual queda redactado en los siguientes términos: "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".

Esta Sala considera que la abusividad de la referida cláusula no determina por sí misma la nulidad del contrato de préstamo, así como tampoco cabe su moderación, si bien a tenor de lo preceptuado en el art. 1.154 C.Civil, "El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", el TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión, en sentencia de 14 de junio de 2012, en los siguientes términos: "...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"; por tanto, si la cláusula de intereses de demora se considera **abusiva**, al establecer un tipo del 18%; la consecuencia de dicha declaración es que debe dejarse sin aplicación frente al consumidor, resultando el pacto sobre intereses moratorios nulo e ineficaz, de forma absoluta.

Dicha postura ha sido acogida en sentencias dictadas por esta Audiencia en fechas 28 de junio, 19 de julio y 11 de septiembre de 2013 (Sección 14ª) y 26 de julio de 2013 (Sección 28ª), concluyendo esta última que "La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda...su moderación por vía judicial".

En definitiva, esta Sala considera que una vez apreciada la abusividad de la cláusula 6ª, la misma resulta totalmente nula e ineficaz, sin que quepa la posibilidad de que el prestatario o bien el órgano judicial proceda a moderar los intereses o a sustituir los pactados por un interés más bajo, acorde con la legislación vigente. Por tanto, procede la confirmación en este extremo del auto apelado.

**CUARTO.-** En cuanto al cálculo de intereses teniendo en cuenta el **año comercial** (360 días) en lugar del año natural (365 días), aún cuando la cláusula referida a ello resulte clara, la parte prestataria desconoce normalmente las consecuencias de ello, debido a que carece de conocimientos para efectuar los cálculos correspondientes, que conllevan un incremento de la cantidad en concepto de intereses a favor de la entidad prestamista.

Además, no podemos obviar que la cláusula referida a esta cuestión no ha sido negociada entre las partes sino que la prestataria ha tenido que aceptar las condiciones establecidas por la prestamista, sin tener facultad alguna para poder modificar la misma, característica que determina su abusividad.

En consecuencia, esta Sala acoge los razonamientos expuestos en el fundamento de derecho primero del auto apelado.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA:**

La Sala, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Félix del Valle Vigón, en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, contra el auto dictado en fecha 5 de octubre de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Madrid, en autos de ejecución hipotecaria nº 1135/2015; acuerda confirmar dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por este auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala Nº 58/2016, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.