



Roj: AAP IB 6/2013  
Id Cendoj: 07040370032013200005  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 761/2012  
Nº de Resolución: 51/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: CARLOS GOMEZ MARTINEZ  
Tipo de Resolución: Auto

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 3

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00051/2013

N10300

Tfno.: Fax:

N.I.G. 07027 42 1 2011 0400086

ROLLO: EJECUCIÓN HIPOTECARIA 0001240 /2011

RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000761 /2012

Juzgado de procedencia: JDO.1ª. INSTANCIA N.4 de INCA

Procedimiento de origen: EJECUCIÓN HIPOTECARIA 0001240 /2011

Apelante: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: JUANA ISABEL BENNASAR PIÑA

Abogado: JUAN JOSÉ FELIU GUTIÉRREZ

**AUTO NUM. 51**

Ilmos. Sres.

Presidente:

Don Carlos Gómez Martínez

Magistrados:

Doña Rosa Rigo Rosselló

Doña Catalina Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a quince de abril de dos mil trece.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de ejecución hipotecaria, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Inca, bajo el número 1240/11, Rollo de Sala núm. 761/12, entre partes, de una como actor-apelante el "Banco Popular Español S.A.", representado en esta alzada por la procuradora doña Juana I. Bennasar Piña, dirigido por el letrado don Joan J. Feliu Gutiérrez, y de otra como demandados- apelados, no comparecidos en esta alzada el Banco de Santander S.A., don Tomás , doña María Dolores , doña Carla y donn Juan Miguel .

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Inca se dictó resolución en fecha 12 de abril de 2012 en los referidos autos, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Se desestima el recurso de reposición interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Juana Isabel Bennassar Piña, en nombre y representación del ejecutante Banco Popular Español S.A. 1.-Ordenar que se ejecute el título sob, contra el auto de fecha 23 de febrero de 2012, dictado por este Juzgado, que se mantiene en su integridad".

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte ejecutante se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites, se señaló para votación y fallo el día 12 de abril de 2013.

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

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto de primera instancia ratifica la nulidad de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario que establece unos intereses moratorios del 21'750% y, en consecuencia, limita la orden de ejecución al principal y resto de cantidades a las que se refiere la demanda de ejecución hipotecaria, con exclusión de la correspondiente a los intereses moratorios.

Dicha resolución es apelada por la parte ejecutante con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) El auto de primera instancia estima que el tipo de interés de demora, un 16% sobre el remuneratorio, no es excesivo, pero si lo es lo que el juez "a quo" considera anatocismo que, sin embargo, según el apelante, sí es permitido por el artículo 317 del Código de Comercio .

b) El juez de primera instancia concluye en la abusividad de la cláusula de intereses moratorios por comparación con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley de Crédito al Consumo pero, sostiene el apelante, no concurre identidad de razón entre el supuesto contemplado en dicho precepto y los intereses moratorios de un préstamo hipotecario como el de autos.

SEGUNDO.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido produciendo desde hace años una extensa doctrina en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Desde una primera sentencia, Océano, de 27 de junio de 2000 , se han sucedido los pronunciamientos que, con cada vez mayor alcance, reconocen la competencia de los jueces nacionales para apreciar la ineficacia de las cláusulas abusivas, de oficio, sin sometimiento a las reglas, ni a los principios clásicos del Derecho procesal, como el principio de rogación o el de preclusión procesal.

Pueden considerarse como hitos en esta doctrina del Tribunal, las sentencias Mostaza Claro, de 26 de octubre de 2006 y Pannon, de 4 de junio de 2009 . Esta última no solo permite, sino que impone al juez el deber de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales en el ámbito de la protección del consumidor y usuario.

Esta doctrina ha sido incorporada a nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 señala que el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias sino que puede extenderse, también a "las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la "economía del negocio".

Hasta la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 , este tribunal venía entendiendo que el control de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual, dentro del ámbito de la legislación de protección de consumidores y usuarios -de aplicación indiscutida el caso de autos- no podía hacerse al inicio del proceso, "ad limine litis".

Pero la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012 , ha supuesto un cambio cualitativo al admitir, e incluso, imponer, dicho examen de oficio en el momento inicial del proceso.

Con arreglo a dicha sentencia, "La Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento-

el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición".

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de ser interpretada en el sentido de que el juez debe declarar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva, siempre que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, y sin que tal deber pueda verse impedido por normas procesales internas -como la que limita las facultades del juez en el trámite de admisión de la petición de monitorio.

La doctrina sentada en la meritada sentencia no es solo aplicable al proceso monitorio sino, también, a cualquier otro procedimiento, por concurrir identidad de razón que permite la aplicación analógica ( artículo 4 del Código Civil ). Así lo acordó la Junta de Magistrados del Orden Jurisdiccional Civil de esta Audiencia Provincial en su reunión de 23 de octubre de 2012 en la que se adoptó el siguiente criterio unificado: "La doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de fecha 14 de junio de 2012 es aplicable no solo al ámbito del procedimiento monitorio, sino también a cualquier ejecución de título no judicial, incluida la ejecución hipotecaria".

El control de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales ha sido extendido al ámbito de la ejecución hipotecaria por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Mohamed Aziz, de 14 de marzo de 2013 .

SEGUNDO.- El artículo 85.6 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 declara abusivas "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Este mismo tribunal en sus autos de fecha 21 de Marzo de 2013 y 7 de Febrero de 2012 ha venido considerando como parámetros para la apreciación del carácter abusivo de los intereses moratorios los siguientes:

"a) A la hora de concretar en un determinado porcentaje el carácter abusivo del tipo pactado ha de tenerse en cuenta si la operación cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que ésta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente, han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 menciona expresamente que ese efecto de moderar los intereses es el que se espera de la generalización de la hipoteca.

b) Otro parámetro a tener en cuenta es la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. En efecto, si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de una determinada suma de dinero, y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para la prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Dicho coste no puede ser muy distinto tanto si nos hallamos en período de cumplimiento contractual (interés remuneratorio) como en período de incumplimiento (interés de demora) radicando la diferencia entre una y otra fase en que en ésta última, es decir, en la que transcurre después del incumplimiento, se ha puesto en evidencia un mayor riesgo de frustración del fin del contrato.

c) Tampoco pueden olvidarse otras referencias, como son el tipo de interés interbancario, Euribor, o el Interés legal del dinero, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese supuesto para la entidad crediticia reponer la cantidad puesta a disposición del deudor y que éste no ha devuelto.

d) Finalmente, un parámetro orientativo ha de ser, aunque solo sea por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley ( artículo 14 de la Constitución Española ), el criterio de los tribunales en la apreciación del carácter abusivo de un determinado porcentaje de tipos de interés.

La aplicación de estos criterios conduce al caso de autos conduce a los siguientes resultados:

a) El título ejecutado es una escritura de préstamo hipotecario de 26 de junio de 2008. La operación crediticia cuenta, pues, con la correspondiente garantía real lo que implica que, en caso de impago el riesgo es menor al contar el préstamo con la garantía real. Ha de pensarse, además, que la garantía hipotecaria no limita la responsabilidad del deudor -salvo el caso excepcional del artículo 140 de la Ley Hipotecaria quien responde con todos sus bienes presente y futuros ( artículos 105 de la Ley Hipotecaria , 1911 del Código Civil y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

b) El interés remuneratorio era, inicialmente del 5'95 % anual, y, a partir del 4 de julio de 2009, el 2% sobre el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito publicadas en el BOE, con un tipo suelo de 5'75%. A la vista de estas cifras parece indudable que los intereses moratorios superiores en un 16% a los remuneratorios, con un techo del 27'5%, pactados en la cláusula sexta de la escritura constituyen una indemnización desproporcionada.

c) El Euribor o interés interbancario al tiempo de producirse la liquidación, es decir, el 21 de septiembre de 2011, era del 2'067%, y el interés legal del dinero era el 4% anual. La mera enumeración de estos tipos revela la desproporción con el de intereses de demora pactados en el contrato de autos. Ha de hacerse constar, a título ilustrativo, que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia Gines , de 14 de marzo de 2013, apunta como referencia útil para la determinación del carácter abusivo de los intereses moratorios el tipo de interés legal (fundamento jurídico 74).

d) En cuanto a decisiones judiciales en casos semejantes, este mismo tribunal, en su auto de fecha 7 de Febrero de 2012 ha considerado abusivos unos intereses moratorios del 29% y en el de 21 de marzo de 2013 ha calificado del mismo modo unos intereses al 25%.

De todo ello se concluye que la cláusula del título ejecutado en la que se establece el interés moratorio es abusiva, sin necesidad de acudir a razonamiento alguno sobre anatocismo.

TERCERO.- Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por el número diecinueve del artículo primero de 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, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

## PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Juana Isabel Bennassar Piña, en nombre y representación del "Banco Popular Español S.A.", contra el auto dictado el día 10 de mayo de 2005 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Inca en el proceso de ejecución hipotecaria del que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada, y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe.