

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

Sección 1ª

Apel. liq. Inter L2 / 377/2014 - B

O.Judicial origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 6 (Vitoria)

Autos de 5/2013

Recurrente: D. XXX

Procurador: Dª SORAYA MARTÍNEZ DE LI-ZARDUY

Abogado: Dª MAITE ORTÍZ

Recurrido: KUTXABANK S.A.

Procurador: D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL

Abogado / Abokatua:

### AUTO Nº 120/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA

MAGISTRADO: D. IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE

MAGISTRADO: D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En VITORIA-GASTEIZ, a nueve de diciembre de 2014

### HECHOS

**PRIMERO.-** Por la Procuradora de los Tribunales Dª SORAYA MARTÍNEZ DE LI-ZARDUY, en nombre y representación de D. XXX, se interpuso recurso de apelación contra el auto dictado en fecha 3 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria, en la pieza de liquidación de intereses nº 5/13, dimanante de la Ejecución de Título Judicial 829/2005, cuya parte dispositiva dice:

“DESESTIMAR la oposición excepcional planteada por don XXX, representado por la Procuradora señora Martínez de Lizarduy, a la liquidación de intereses formulada por la re-presentación de la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA y SAN SEBASTIÁN, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta instancia a la parte opositora”.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación, presentado el 8 de noviembre de 2013 re-clama que se aprecie de oficio la abusividad de las cláusulas que cita y que se plantee cuestión prejudicial sobre las cláusulas que forman parte del título por el que se despacha ejecución. En diligencia de 15 de noviembre de 2013 se acuerda estar a la espera de la resolución de la solicitud de justicia gratuita, y en diligencia de 31 de julio de 2014 se acuerda reclamar que se constituya depósito para recurrir, lo que se verifica, admitiéndose el recurso en diligencia de 5 de septiembre pasado.

**TERCERO.-** La parte apelada se opuso al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia el 22 de octubre de 2014, que en fecha 27 de octubre acuerda formar el Rollo de Apelación, registrándose y turnándose la Ponencia al Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui, quedando los autos pendientes de señalamiento.

**CUARTO.-** En providencia de 5 de noviembre se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 2 de diciembre.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Sobre los términos del recurso**

Para afrontar la resolución del recurso tienen que tenerse en cuenta los términos en que se suscita la cuestión. Para ello hay que señalar los siguientes hitos:

1.- El 2 de febrero de 2005 la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, que en la actualidad es Kutxabank S.A., formula ante el Juzgado de 1ª Instancia de Donostia / San Sebastián solicitud de procedimiento monitorio frente a D. XXX en reclamación de 14.301,57 € en virtud de un préstamo con garantía personal de 18.000 € firmado el 15 de noviembre de 2002 en el que se estipula un interés remuneratorio del 7,5 % anual y un interés de demora que cierra la cláusula primera del contrato y que dice: “Las obligaciones dinerarias dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento y diariamente, un interés nominal anula moratorio de 17,250 puntos porcentuales, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 316 y 317 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1.108 del Código Civil, a cuyo fin se establece esta condición. Estos intereses serán liquidados mensualmente, y si no fueren satisfechos se capitalizarán devengando nuevos intereses, conforme previene el ya mencionado artículo 317 del Código de Comercio”.

2.- Admitida la solicitud en providencia de 14 de febrero de 2005 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Donostia / San Sebastián al que correspondió por reparto, tras diversos intentos de averiguación del domicilio se constata que el mismo se encuentra en Laguardia (Álava), inhibiéndose al juzgado de Vitoria-Gasteiz, correspondiendo al Juzgado de 1ª Instancia nº 6, que lo admite por providencia de 23 de junio de 2005, en el que se ordena realizar requerimiento de pago.

3.- El 5 de junio de 2005 se realiza el requerimiento de pago en el Juzgado de Paz de Laguardia, transcurriendo el plazo para pagar u oponerse sin hacer ninguna manifestación, por lo que en Auto de 8 de septiembre de ese año se acuerda lo siguiente: “Se declara finalizado el presente proceso monitorio instado por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzcoa y San Sebast. frente a XXXXX XXXX XXXXX, en reclamación de 14.301,57 euros”.

4.- El 14 de septiembre de 2005 la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa presenta demanda de ejecución reclamando la cantidad de 14.301,57 € más 4.290 que se calculan para intereses.

5.- El 1 de diciembre de 2005 se requiere por el Juzgado a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa para que presente liquidación de los intereses que reclama, en el término de 3 días., que se presenta el 15 de diciembre y ascienden a 1.912,79 € aunque se reclaman 2.377,21 € para los que puedan devengarse y costas.

6.- El 21 de diciembre de 2005 se despacha ejecución frente a D. XXX por importe de 14.301,57 € de principal y 2.377,21 € por intereses y costas.

7.- El auto se intenta notificar al demandado por correo pero el servicio postal lo devuelve por encontrarse ausente el destinatario, notificándosele personalmente el 3 de febrero de 2006 por el Juzgado de Paz de Laguardia.

8.- Tras efectuar diversos embargos el 12 de marzo de 2013 se pone en conocimiento de la ejecutante que existe un sobrante y que debe solicitar tasación de costas y liquidación de intereses. La primera se practica por importe de 1.968,78 € el 2 de abril de 2013, aprobándose por decreto de 30 de abril siguiente.

9.- El 13 de mayo de 2013 la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa presenta liquidación de intereses en la que señala como importe reclamado 14.301,57 € como cantidad abonada 13.411,11 € y como interés de demora al 17,25 % la cantidad de 11.217,80 € hasta el 12 de marzo de 2013, por lo que entiende adeudada la cantidad de 12.108,26 €

10.- Tal liquidación fue impugnada por la representación procesal de D. XXX, y tras oponerse la ejecutante, se dicta el auto recurrido, el 3 de octubre de 2013, que la desestima.

## **SEGUNDO.- Sobre la posibilidad de control de cláusulas abusivas**

La resolución recurrida desestima la impugnación de la liquidación de intereses, fundada en la eventual abusividad del interés de demora del 17,25 % dispuesta en el contrato signado en 2002. La razón es que entiende que no cabe dicho control cuando, como es el caso, nos encontramos ante títulos judiciales conforme al art. 556 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al contrario de lo que sucede si el título no es judicial, en cuyo caso podría analizarse conforme al art. 557.1.7º LEC tras su reforma por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Efectivamente ha habido un despacho de ejecución derivada de un juicio monitorio, y un incidente para determinación de los intereses exigibles conforme a los arts. 712 y ss. La opositora, hoy apelante, plantea incidente extraordinario de oposición del art. 557.1, apartado 7, conforme a las previsiones de la DT 4ª de la Ley 1/2013, que el juzgado admitió. En el incidente se denuncia la abusividad del interés de demora y se reclama que de oficio el tribunal de instancia las aprecie. Tal pretensión se desestima, y de nuevo se insta en apelación la misma pretensión, junto a la de plantear cuestión prejudicial, a lo que se opone la parte apelada, ejecutante en la instancia.

La recurrente dedica el motivo primero del recurso a defender la supremacía del derecho de la Unión Europea y la posibilidad de control de cláusulas abusivas. La cuestión es si tal control puede extenderse a un caso como el de autos. La resolución impugnada opone que no cabe si el título es judicial, lo que parece incoherente con la admisión del incidente extraordinario prevista en la DT 4ª de la Ley 1/2013, incidente que se ha tramitado y que ha dado lugar a la resolución recurrida.

Por las mismas razones se opone también la parte apelada, que defiende que el título es judicial y no puede ser revisado posteriormente. El título parte de un contrato privado de préstamo signado en 2002 que no consta tenga finalidad mercantil. Parece, por el contrario, un préstamo al consumo, y si se hubiera acudido a su ejecución como título no judicial, hubiera propiciado el control jurisdiccional que puede suscitarse de oficio o plantearse por el ejecutado a partir de la reforma de la citada Ley 1/2013.

Pero el demandante escogió la vía del juicio monitorio para reclamar los impagos, propiciando que se dictara el auto que pone fin al juicio monitorio, auto que se remonta a 2005. Desde entonces la deuda prácticamente se ha abonado, puesto que con la solicitud se reclamaban 13.613,67 € de principal, 590,29 € de intereses remuneratorios, y 85,61 € de intereses moratorios, y se han entregado a la entidad ejecutante 13.411,11 €, reclamándose ahora, en aplicación de la cláusula que discute el recurrente, otros 11.217,80 € de devengados por intereses de demora hasta el 12 de marzo de 2013.

En tal tesitura no puede prescindirse de que la jurisprudencia del TJUE exige que el juez de la Unión Europea, incluso de oficio, realice el control de abusividad a que alude la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Partiendo de que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (STJUE 14 junio 2012, caso Banesto, C-618/10, 17 julio 2014, caso Sánchez Morcillo, C-169/14), que su art. 6.1 es disposición

imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz, C-415/11), el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (STJUE 4 junio 2009, caso Pannon, C-243/08, 9 noviembre 2010, caso VB Pénzügyi Lízing, C-137/08), obligación exigible, incluso, por encima de la normativa procesal nacional que lo impida por razón del principio de efectividad (STJUE 3 marzo 2013, caso Autociba, C-32/12).

Cierto que dicho control pudo realizarse al admitirse en 2005 el juicio monitorio, pero no se hizo. En aquél caso se aceptó sin cuestionarse ninguna cláusula lo reclamado por principal, por intereses remuneratorios y por interés de demora, que efectivamente se reclamaban en la cuantía de 85,61 €. También pudo realizarse tal control al despacharse ejecución el mismo año, pero tampoco acontece. De manera que ahora nos encontramos con la solicitud de liquidación de intereses, a la que sin embargo se ha opuesto el ejecutado

Pero esa liquidación de interés no puede considerarse como título judicial. En efecto, lo que se acordó en el auto de 8 de septiembre de 2005 fue, literalmente, lo siguiente: “Se declara finalizado el presente proceso monitorio instado por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzcoa y San Sebastián frente a XXXX XXXXX XXXXX, en reclamación de 14.301,57 euros”.

En dicho auto no hay ninguna mención a que además del principal en el que estaba incluido el interés remuneratorio y el de demora vencido, procediera otro interés, como el de demora previsto en el contrato. Tal decisión judicial es consecuencia de la propia naturaleza del juicio monitorio, para el que el art. 812.1 LEC exige se reclame cantidad “vencida”. La cantidad vencida de 14.301,57 € fue la reclamada en monitorio, y tal cantidad es por la que se dicta el auto de 8 de septiembre de 2005 que luego se ejecuta.

Esa fue la cantidad, y como se decía no se añadió otro concepto, como interés de demora. Por lo tanto, pese a lo que argumenta Kutxabank S.A. al contestar al recurso, no ha habido título judicial que sancione la validez del interés de demora que se reclama. No lo hay, tampoco, en el despacho de ejecución, que se limita a recoger la cifra que propone el ejecutante “sin perjuicio de la ulterior liquidación”. En realidad es con la petición de liquidación de intereses cuando se pretende por la ejecutante reclamar la aplicación de la cláusula controvertida, circunstancia que discute el ejecutado. Esto supone que se pretende añadir al título esgrimido la aplicación de una cláusula que no se contiene en el mismo.

Por las razones que fuere no se ha discutido por la ejecutada la discordancia entre el título y lo pretendido en la ejecución, lo que podría haberse verificado vía art. 563 LEC, ya que se realiza un cálculo de interés aplicando una previsión contractual que no se contiene el título cuya ejecución se insta. En cambio se cuestiona la liquidación de intereses, que no es un título judicial sino el cálculo que ha realizado la parte ejecutante, aplicando el interés de demora controvertido, que por razón de la doctrina del TJUE antes citada es perfectamente susceptible de control de abusividad.

Es innecesario, por ello, plantear cuestión prejudicial al citado tribunal. Cabe, por el contrario, realizar un análisis de la abusividad de la cláusula controvertida, puesto que debiera haberse efectuado de oficio, no es un título judicial de los que menciona el art. 556 LEC sino una pretensión que se añade al existente y no contemplada en el mismo, y en cualquier caso ha sido cuestionada por la parte ejecutada, por lo que seguidamente se abordará la cuestión.

### **TERCERO.- Sobre el interés de demora**

El interés de demora previsto en el contrato de préstamo de 15 de noviembre de 2002 tiene una finalidad indemnizatoria. Como cualquier interés de esta clase, pretende resarcir al acreedor de los perjuicios derivados del incumplimiento, incentivando al deudor a que se haga prontamente. Sobre el particular ya han sido oídas las partes en primera instancia, y han tenido oportunidad de insistir en sus argumentos en esta alzada, de modo que se ha dado audiencia

Conocido es que la Ley 1/2013, de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dispuso una limitación al triple del interés legal de esta clase de intereses, reformando el art. 114 de la Ley Hipotecaria. Pero el precepto no es de aplicación en tanto que el préstamo de autos es un crédito personal al consumo.

No obstante debemos recordar la doctrina que, al respecto, se ha fijado por esta misma sección. Así en AAP Álava, Secc. 1ª, de 11 septiembre 2014, rec. 232/2014, dijimos que "... aunque la Ley 1/2013 se titule "de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios", modifica diversos preceptos legales que poco tienen que ver con esa clase de deudores. Impulsada por las consideraciones que recoge la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, cambia la redacción de preceptos que no se aplican a los mismos, sino a los deudores en general. Así modifica el art. 552.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), añadiendo un segundo párrafo que permite que el tribunal, previa audiencia de parte, apreciar de oficio el carácter abusivo de alguna cláusula.

Aceptando, por tanto, la naturaleza indemnizatoria que caracteriza el interés de demora, su carácter abusivo no deriva de que estén previstos en un préstamo o contrato con garantía hipotecaria, ni que sirvan a la adquisición de vivienda. Por el contrario, se trata de atender las exigencias que dimanaban de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su incorporación a nuestro derecho interno, en la actualidad contenido en el RDL 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".

Partiendo por lo tanto de que no hay imposibilidad de apreciar la abusividad de una cláusula contenida en un contrato que no sirva para financiar, con garantía hipotecaria, la adquisición de vivienda familiar, el vigente art. 85.6 del RDL 1/2007, previene que el interés moratorio debe ser calificado de abusivo, y en consecuencia nulo, en la medida en que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al

consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. En el momento de signarse el contrato, en el año 2002, estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que en su art. 10 bis considera abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Una indemnización desproporcionada puede entenderse incluso en dicha previsión general. Para apreciar si en el año 2002 un interés de demora del 17,5 % era desproporcionado hay que estar a los índices existentes en la época. Resulta que el interés legal del dinero era por entonces del 4,25 %. Si se trata de crédito al consumo, el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), vigente al suscribirse el préstamo, ordenaba que no superara 2,5 el interés legal.

Pero centrándonos en el interés de demora, el art. 1108 CCv disponía entonces, igual que hoy, que el interés aplicable a falta de pacto es el legal. En un ámbito de protección inferior que el propio de consumidores, el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispuso como interés inicial el 9,85 %. En el caso de la mora tributaria, el previsto en el art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), era del 5,5 %.

La realidad normativa citada demuestra que hubo una apreciable desproporción entre el interés remuneratorio y el de demora. También es apreciable la desproporción entre el interés de demora del 17,25 % anual en 2002, respecto a cualquiera de las previsiones legales que se han señalado, a las que supera notablemente. La indemnización pretendida con este interés no se justifica, sino que como señala el art. 85.6 del RDL 1/2007, es desproporcionadamente alta, y supone, conforme al art. 10 bis LGDCU, vigente al suscribirse el contrato, una estipulación que no consta negociada individualmente que, contrariando la buena fe, generan en perjuicio del consumidor un desequilibrio injustificado.

Atendiendo a lo que dispone la STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz en su § 69, puede apreciarse que concurre desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”. No es razonable suponer que el ejecutado hubiera aceptado el importe del interés atendido el marco normativo antes expresado, de haber existido una negociación en términos de igualdad. Por ello se aprecia el carácter abusivo de la cláusula, que no puede operar. En efecto, si la cláusula se considera abusiva, no surte efecto, y por lo tanto, no puede aplicarse como de manera constante refleja la jurisprudencia que recogen las STJCE 27 junio 2000, caso Océano, C-240, 241, 242, 243 y 244/98; STJCE 26 octubre 2006, caso Mostaza, C-168/05; STJUE 4 junio 2009, caso Pannon, C-243/08; STJUE 6 octubre 2009, caso Asturcom, C-40/08; STJUE 14 junio 2012, caso Banes-to § 45, C- 618/10; STJUE 21 enero 2013, caso Banif, C-472/2011; STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz, C-415/11; STJUE 30 mayo 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, C-488/11 y otras posteriores.

En el mismo sentido considera nulo un interés de demora del 29 % y deja sin ningún efecto la cláusula que lo contiene la STS 11 septiembre 2014, rec. 1438/2013. Finalmente así está previsto en el art. 83 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

aprueba el texto re-fundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, vigente cuando se intenta practicar la liquidación de intereses.

En consecuencia el recurso debe verse estimado, acogiendo la nulidad del interés de demora, por lo que no podrá surtir efecto alguno y debe extrañarse en su totalidad de la liquidación de intereses efectuada, lo que conlleva la condena en costas de la parte ejecutante que se opuso.

#### **CUARTO.- Depósito para recurrir**

A la vista de la DA 15ª.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la restitución al apelante del depósito consignado para recurrir.

#### **QUINTO.- Costas**

Conforme al art. 398.2 LEC no se hace condena al pago de las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **PARTE DISPOSITIVA**

1.- ACORDAMOS ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales Dª SORAYA MARTÍNEZ DE LIZARDUY, en nombre y representación de D. XXX, frente al auto de 3 de octubre de 2013, dictado en la Pieza de Liquidación de Inter-eses nº 5/2013, derivada del procedimiento de Ejecución de Título Judicial nº 829/2005 del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Vitoria-Gasteiz.

2.- REVOCAR dicho auto, estimando la oposición formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª SORAYA MARTÍNEZ DE LIZARDUY, en nombre y representación de D. XXX, declarando la nulidad del interés de demora aplicado que no surtirá ningún efecto, por lo que la liquidación de intereses interesada será de 0 € con imposición de las costas a KUTXABANK S.A.

3.- DECRETAR la devolución al apelante del depósito consignado para recurrir.

4.- NO HACER CONDENAS al pago de las costas del recurso de apelación.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.



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

[www.abogadosres.com](http://www.abogadosres.com)