



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ**

Auto 122/2015, de 20 de noviembre de 2015

Sección 3.<sup>a</sup>

Rec. n.º 348/2015

**SUMARIO:**

**Préstamo hipotecario. Nulidad de cláusulas abusivas.** Se declaran nulos los intereses de demora de un préstamo hipotecario por abusivos. El plazo de un mes fijado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, por aplicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015, es contrario a la normativa europea en materia de protección de consumidores y usuarios, y ello ha sido porque el legislador ha abierto un plazo sin notificarlo personalmente a los afectados. No han tenido posibilidad de alegar la abusividad de las cláusulas ya que la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en función de una notificación no personal, no garantiza el efectivo ejercicio de ese derecho por el consumidor, pues puede ocurrir que los afectados, como sucedió aquí, no se enteren que tenían esa posibilidad de invocar esa nueva causa de oposición. En consecuencia, en virtud de los principios de primacía y efectividad del derecho comunitario considerar que la alegación de abusividad presentada por los consumidores está dentro de plazo. En los contratos de préstamo concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Son en este caso abusivos, señalando que la abusividad, es apreciable de oficio y cuyos efectos supone la plena ineficacia de la cláusula, no cabiendo la moderación, pero, eso sí, la declaración de nulidad no comportará el sobreseimiento de la ejecución sino tan solo la inaplicación de la cláusula abusiva, lo que se traduce en la reducción de la suma adeudada. [Vid. STJUE, sala primera, de 29 de octubre de 2015, número C-8/14 (NCJ060426), en el mismo sentido]

**PRECEPTOS:**

Ley 1/2013 (protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), disp. trans. cuarta.

Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6 y 7.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 4 bis.

Ley 1/2000 (LEC), art. 695.3.

**PONENTE:**

*Don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.*

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ**

Sección Tercera

Mérida



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### **AUTO**

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA (PONENTE)

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESUS SOUTO HERREROS

=====

Recurso civil número 348/2015.

Ejecución hipotecaria 1001/2010.

Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mérida.

=====

En la ciudad de Mérida, a veinte de noviembre de 2015.

Visto en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso de apelación dimanante de la ejecución hipotecaria 1001/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mérida, siendo parte apelante don Mariano y doña Adela , representados por el procurador don Valentín Lobo Espada y asistidos por el letrado don Manuel David Rodríguez Holguín; y como apelada, "Liberbank, SA", que ha comparecido representada por el procurador don Luis Felipe Mena Velasco y asistida por el letrado don Raúl Fuentes Pérez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mérida, con fecha 18 de mayo de 2015, dictó auto , cuya parte dispositiva dice así:

"1. Acuerdo inadmitir a trámite la oposición planteada por el procurador Sr. Lobo Espada, en nombre y representación de de los ejecutados doña Adela y don Mariano .

2. Denegar igualmente la tramitación de las cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad solicitada por los mismos ejecutados".



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**Segundo.**

Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Mariano y doña Adela .

**Tercero.**

Admitido que fue el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

**Cuarto.**

Una vez formulada oposición por "Liberbank, SA", se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 18 de noviembre de 2015, quedando los autos en poder del ponente para dictar resolución en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** *Pretendida extemporaneidad de la oposición formulada.*

"Liberbank, SA" hace suyos los motivos de inadmisión de la resolución impugnada. La juez de instancia, con fundamento en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 15 de mayo , ha inadmitido a trámite la oposición por extemporánea, al no haberse presentado dentro del plazo del mes siguiente a la publicación de dicha ley en el BOE.

La oposición, sin embargo, debe considerarse formulada dentro de plazo.

En efecto, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 ha declarado que dicha disposición transitoria contraviene los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 . Y ello ha sido porque el legislador ha abierto un plazo sin notificarlo personalmente a los afectados. Es justo el caso de los hoy recurrentes, don Mariano y doña Adela . No han tenido posibilidad de alegar la abusividad de las cláusulas. Como dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en función de una notificación no personal, no garantiza el efectivo ejercicio de ese derecho por el consumidor, pues puede ocurrir que los afectados, como sucedió aquí, no se enteren que tenían esa posibilidad de invocar esa nueva causa de oposición.

En consecuencia, en virtud de los principios de primacía y efectividad del derecho comunitario, hemos de considerar ineficaz el emplazamiento ordenado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y, por ende, considerar que la alegación de abusividad presentada por don Mariano y doña Adela está dentro de plazo.

**Segundo.** *Motivo del recurso: nulidad de los intereses moratorios.*



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Don Mariano y doña Adela defienden que los intereses moratorios, al estar fijados al 12,95%, resultan abusivos y, por tanto, deben ser declarados nulos.

El recurso debe prosperar.

Esos intereses moratorios son indebidos. Indebidos por motivos sustanciales. Estamos ante un contrato de préstamo hipotecario destinado a la adquisición de vivienda (documento 2 de la demanda). Es decir, estamos ante un contrato sujeto a la normativa de consumidores. A "Liberbank, SA" correspondía demostrar que ese inmueble se adquirió con un fin profesional, cosa que, desde luego, no consta (sentencia de 1 de octubre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-32/14). Y con un consumidor por medio, un préstamo con un interés moratorio del 12,95% es un préstamo con cláusula abusiva (artículo 85.6 del Código del Consumidor, Real Decreto Legislativo 1/2007). Basta sacar a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, que fija la siguiente doctrina jurisprudencial: en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Aquí el interés remuneratorio oscilaba entre el 3,5 y, como máximo, el 8% (folio 13 de la póliza). Y eso tratándose de un préstamo con garantía real. Estamos claramente, pues, ante unos intereses abusivos. Abusividad, por lo demás, apreciable de oficio, conforme a la doctrina consolidada y vinculante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Los efectos de esta declaración de nulidad, como son bien conocidos, es la plena ineficacia de la cláusula. No cabe la moderación (artículo 83 del Código del Consumidor y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -por ejemplo, sentencia de 21 de enero de 2015-).

En consecuencia, hay que revocar el pronunciamiento primero de la resolución impugnada, pero, eso sí, la declaración de nulidad no comportará el sobreesimiento de la ejecución sino tan solo la inaplicación de la cláusula abusiva, lo que se traduce en la reducción de la suma adeudada (artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### **Tercero. Costas y depósito.**

De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso no se hace especial imposición de las costas.

Asimismo, acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

### **PARTE DISPOSITIVA**

#### **Primero.**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por don Mariano y doña Adela contra el auto de 25 de mayo de 2015 dictado en la ejecución hipotecaria 1001/2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mérida y, en consecuencia, revocamos en parte dicha resolución, declaramos nula la cláusula de intereses moratorios y ordenamos la continuación de la ejecución sin que se aplique dicha cláusula.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**Segundo.**

No se hace especial condena en costas y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Secretario de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso.

Así, por éste nuestro auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.