

LTDO: VICTOR MANUEL MATEO MIER

MUNTANER, 269, 5º 1ª - 08021

☎ 93.209.64.77 - ☎ 93.201.87.99

✉ victor@dretprivat.com

ES COPIA  
PROCURADURIA  
FEIXÓ & TESTOR  
1/11

CIF: J-58 096 637

Av. Diagonal, 359 Tel. 93 457 53 04 Fax 93 458 22 50

E-mail: procuradores@feixotestor.com

08037 BARCELONA

C/ BBVA

SECCION 16ª AUDIENCIA PROVINCIAL - Tramitador MARTA

APELACION AUTO 686/10 - C

REF. : A-FT/0066336

REF. LETRADO :

EF. CLIENTE: 10654/10



SECCION DECIMOSEXTA

ROLLO N°. 686/2010-D

P.S. oposición a la ejecución núm. 75/2010

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 39 BARCELONA

A U T O      N U M .      1 6 7 / 2 0 1 1

Ilmos. Sres.

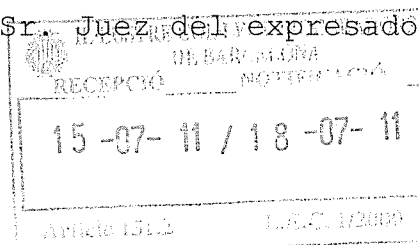
DON JORDI SEGUÍ PUNTAS

DOÑA INMACULADA ZAPATA CAMACHO

DON JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona, a doce de julio de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Dieciséis de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de oposición a la ejecución, número 75/2010 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 39 Barcelona, a instancia de [REDACTED] representada por el Procurador D. Carlos Testor Olsina, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) representado por el Procurador D. Francisco Ruiz Castel; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra el Auto dictado el día doce de mayo de dos mil diez por el Sr. Juez del expresado Juzgado.



### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente: "DISPONGO: Desestimar la oposición formulada por DOÑA [REDACTED] siguiendo adelante la ejecución despachada por este juzgado a instancia de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. por Auto de 9/II/10 por 45.334,54 euros en concepto de principal más 13.600 euros presupuestados para hacer frente al pago de costas de la ejecución e intereses por vencer./ Las costas causadas por el seguimiento de este incidente se imponen a DOÑA [REDACTED]".

**SEGUNDO.-** Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por [REDACTED] mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria quien se opuso en tiempo y forma legal, siendo elevados los autos a la Audiencia Provincial donde se procedió a dar el trámite correspondiente señalándose para Votación y Fallo el día 21 de junio de 2011.

**TERCERO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. INMACULADA ZAPATA CAMACHO.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Impugna en esta alzada D<sup>a</sup> [REDACTED] la decisión del Juzgado de desestimar la oposición formalizada frente a la ejecución despachada a instancia de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (en lo sucesivo, BBVA) negando en primer lugar haber aceptado el cálculo de la deuda de contrario reclamada como, sin justificación alguna, se dice en el auto apelado. Argumenta al efecto la recurrente que, mediante la invocada pluspetición, discutió oportunamente dicho cálculo tanto por resultar abusivos los

RECIBIDO  
15-07-11 / 18-07-11

intereses de demora y comisiones aplicados por la ejecutante en la liquidación realizada el 6 de octubre de 2009 adjuntada a la demanda, como por haberse practicado esta última sin tener en cuenta que, al vencimiento de la operación formalizada mediante la póliza suscrita el 28 de diciembre de 2006, en concreto, el 20 de diciembre de 2007, habían pactado las partes su renovación hasta el siguiente día 19 de diciembre 2008, con ampliación del límite del crédito en principio concedido (35.000 euros), límite que a partir de entonces quedó fijado en 36.000 euros (v. documentos unidos a los folios 11 a 16 y 77 a 83).

**SEGUNDO.-** En el auto apelado se limitó el juez *a quo* a atenerse a la póliza aportada con la demanda en virtud de la cual se había acordado el despacho de la ejecución, sin efectuar especial razonamiento respecto a la invocada renovación del inicial límite del crédito pactado. No vemos motivo sin embargo para obviar el tenor del documento indiscutidamente suscrito por las partes el 20 de diciembre de 2007, cuya autenticidad no impugnó BBVA en primera instancia (tampoco en esta alzada) y del que se deduce la alegada ampliación de aquel límite.

Partiendo de lo cual, un insalvable óbice obliga a acoger este primer motivo del recurso.

En efecto, la liquidación practicada por el banco, notarialmente intervenida, tiene en cuenta el límite del crédito en principio convenido (35.000 euros), límite sobre el que se calcularon los correspondientes intereses y recargos (comisiones) sobre las cantidades excedidas, cuando es evidente que, a partir del 20 de diciembre de 2007, se debió haber tomado en consideración el renovado importe de 36.000 euros. No obstante no haber impugnado la póliza aportada por la Sra. ██████ se abstuvo de presentar BBVA (que tampoco realizó al respecto alegación alguna) una liquidación alternativa con los requisitos que exige el apartado 1º del artículo 573 LEC. A la vista de ello y, ante la incorrección de la adjuntada a la demanda, no cabe sino concluir la iliquidez de la deuda reclamada con la

ineludible consecuencia de que, a los fines de fijar la suma por la que se mandará seguir adelante la ejecución despachada, nos habremos de atener a la cantidad de 39.288'90 euros, única que ha reconocido deber la apelante.

**TERCERO.-** La antedicha suma devengará sin embargo los intereses de demora pactados desde la fecha en que la acreedora dio por vencida la deuda (6 de octubre de 2009). Es verdad que, con invocación de la normativa protectora de consumidores y usuarios, denunció la ejecutada su carácter abusivo, denuncia que reitera en esta alzada. Pero, a los limitados fines ahora analizados, semejante motivo de oposición carece de viabilidad.

En efecto, aun prescindiendo de la dudosa oponibilidad de una alegación de este tipo en un proceso de ejecución, hemos de recordar que, como razonó el Juzgado, los intereses que la Sra. [REDACTED] califica de abusivos (29%) no son los ordinarios de la operación, sino los de demora. Intereses éstos que, según recuerda la STS de 4 de junio de 2009 con cita de la de 2 de octubre de 2001, tienen naturaleza jurídica de "sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones".

No resultando aplicable al supuesto que nos ocupa la única limitación legal existente en este campo, eso es, la que se contiene en el artículo 19-4 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, limitación que se refiere a los intereses por descubiertos en cuenta corriente (apartado 29 de la DA Primera LGDCU), la postulada rebaja tan sólo podría ampararse en la normativa protectora de consumidores y usuarios.

Recordemos que de conformidad con el artículo 10 bis 1 de la Ley 29/84, según redacción dada por la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, vigente en la fecha en que se concertó la discutida operación de crédito, "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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", a cuyo efecto se habrán de tener en cuenta "la naturaleza de los bienes o servicios" y "todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas (...)". Y, más específicamente por lo que aquí nos interesa, la Disposición Adicional Primera, apartado 3ª, atribuye el carácter de abusiva a los efectos previstos en el artículo 10 bis a toda cláusula que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones".

Pues bien, teniendo en cuenta que ninguna explicación ha ofrecido en el proceso la Sra. [REDACTED] acerca de las circunstancias concretas de la operación, no hay base para considerar desproporcionada la tasa de interés de demora que nos ocupa. Piénsese que, como razonaba esta propia sala en la sentencia de 19 de diciembre de 2002 en relación también a un interés de demora del 29% anual, ante el impago que constituye el presupuesto de su aplicación, el acreedor pierde la capacidad productiva de un dinero que no le es devuelto, padeciendo un perjuicio que debe provisionar dadas las particulares exigencias de solvencia que rodean a las entidades de crédito. Por otra parte, la determinación anticipada del interés de demora impide la reclamación del mayor daño que el impago podría ocasionar como consecuencia de la frustración de la operación financiera y la actividad precisa para la recuperación del crédito (STS de 2 de febrero de 2006), lo que ha de compensarse con la fijación de una tasa más elevada que la que previsiblemente se hubiera establecido en el caso de que el perjuicio por la demora, aunque precisara de la correspondiente prueba, careciera de límites (art. 1107 CC).

**CUARTO.-** Conforme al artículo 561 en relación con el 394-2 LEC, dado que la oposición ha sido parcialmente acogida, no se realizará expresa imposición de las costas

causadas en primera instancia a consecuencia de la misma, sin que quepa efectuar tampoco especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada (art. 398-2 LEC).

**PARTE DISPOSITIVA**

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> [REDACTED] contra el auto dictado en fecha 12 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 39 de Barcelona, acogemos también en parte la oposición formalizada por D<sup>a</sup> [REDACTED]. En consecuencia, fijamos en 39.288'90 euros la suma por la que se manda seguir adelante la ejecución despachada a instancia de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, suma que devengará los intereses de demora pactados desde el 6 de octubre de 2009. No se efectúa especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ninguna de las instancias.

La presente resolución es firme, expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

V O T O     P A R T I C U L A R

JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO, magistrado de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, formulo voto particular al auto acordado por la sala en el recurso de apelación interpuesto contra el dictado en fecha doce de mayo de dos mil diez por el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Barcelona, rollo de la Sección número 686/2010, el cual fundo en las siguientes razones:

**Primero:** He de comenzar diciendo que no veo razón para no poder alegar en el juicio ejecutivo la pluspetición derivada de ser excesivos los intereses de demora, pues la ley permite oponer la pluspetición, sin limitación alguna en cuanto a las causas que puedan motivarla. Sería a mi juicio una carga desproporcionada, para todos, incluido el Estado, exigir que el demandado de ejecución entable después del proceso de ejecución un proceso declarativo respecto a esta cuestión, si quiere discutirla. Mi opinión decidida va, por tanto, en ese sentido.

**Segundo:** No es el expuesto, sin embargo, el motivo que me lleva a discrepar formalmente de la decisión de la sala, pues al fin y al cabo ésta no niega que pueda discutirse este tema, sino que se limita a considerar que ello es dudoso. El problema es la cuantía del interés de demora, fijado en el contrato de préstamo en un 29 por ciento anual, con pacto de anatocismo incluso, lo que considero inadmisibles.

La disposición adicional primera, apartado I tercera, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, vigente cuando se celebró el contrato, consideraba abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpliera sus obligaciones. La demandada invocó esta norma y alegó no

haber podido negociar individualmente la cláusula. A mi juicio tiene razón, como expuse en otro voto particular formulado a la sentencia dictada en el rollo 692/2009.

Es evidentemente discutible cuándo estamos ante una "*indemnización desproporcionadamente alta*". Siempre ocurre cuando la ley se remite a criterios indeterminables a priori. Pero a mi juicio no puede admitirse un interés como el expuesto, en una época en que los intereses ordinarios son notablemente bajos. Creo que es algo que choca con el sentir social, con lo que podríamos denominar la ética de las relaciones económicas y sociales, con la idea de lo justo. No disponemos de un aparato que mida estas cosas, pero me parece inadmisibles un interés de demora que provoca que cada tres años y medio prácticamente se doble la deuda. Insisto en que, además, el contrato prevé la capitalización de estos intereses de demora, lo que claramente agrava la situación. Incluso sin capitalización unos intereses como los expuestos pueden hacer imposible el pago de la deuda. Y eso con un interés remuneratorio que en este contrato era del euríbor más dos enteros, que inicialmente fue del 5,5 por ciento anual y que llegaría al 6,5 por ciento en la última época de que tenemos constancia del nivel del euríbor, julio de 2.008, según documento aportado por la entidad demandante. El interés de demora multiplicaba por más de cinco el interés remuneratorio inicial.

**Tercero:** Se refiere el auto aprobado por la mayoría a que el banco acreedor pierde la capacidad productiva del dinero. Evidentemente uno de los parámetros para juzgar la desproporción que la ley repudia es el perjuicio que el incumplimiento supone para el acreedor. Mas ese criterio conduce precisamente a la solución opuesta a la adoptada por la sala, pues es impensable que la demandante pudiese obtener, con ese dinero que no se le ha devuelto, una remuneración semejante al interés de demora de que estamos hablando. Siendo muy optimistas quizá pudiese llegar al tercio o a algo más.

Claro que cabe pensar en unos perjuicios superiores y



es obvio que la fijación de un interés de demora impediría reclamarlos. Pero el banco ejecutante no ha indicado qué eventuales perjuicios podrían ser esos. Siempre existe la posibilidad que por circunstancias extraordinarias el impago de una deuda a un banco le produzca a éste un perjuicio enorme. Sin embargo no se atisba cuáles podrían ser esas situaciones y no me parece admisible que se diga que un interés de demora es lícito, pese a ser objetivamente muy grande, porque quizá el incumplimiento produzca unos perjuicios enormes que, porque existe el interés fijo de demora, no podrían ser reclamados. Lo que procede es considerar la proporcionalidad en función de los perjuicios que ordinariamente produce el impago de una deuda, no en función de hipótesis ni siquiera formuladas. Un razonamiento de este tipo impediría poner límites a las sanciones por incumplimiento, porque siempre cabría decir que podría haber perjuicios muy grandes, que, pese a ser meramente hipotéticos y completamente imprevisibles, justificarían intereses de demora que, precisamente por ser esos perjuicios meramente hipotéticos y totalmente desconocidos, podrían ser tan altos como se quisiese.

Por otra parte el mayor daño que el impago puede ocasionar como consecuencia de la actividad precisa para la recuperación del crédito, a que se alude en el auto, queda debidamente resarcido mediante el pago por el deudor de las costas del proceso, que van a su cargo, con lo que difícilmente puede aceptarse que la inversión en recuperar el crédito contribuya a hacer proporcional un interés de demora como el que consideramos.

En fin, en el ámbito de los perjuicios incluye el auto aprobado por la mayoría la obligación de constituir provisiones que incumbe a las entidades financieras para paliar los impagados. Se trata de cuestión no aducida por el banco ejecutante, pero es verdad que cuando los índices de morosidad crecen la banca debe actuar de forma precavida y constituir provisiones. En realidad cualquier empresa debe hacerlo cuando se enfrenta a créditos que no puede cobrar. Es discutible, de todos modos, que la provisión

comporte un perjuicio adicional del que ya de por sí comporta no disponer del capital que el prestatario o acreditado no devolvió. En cualquier caso ello no justificaría más del doble de los intereses remuneratorios. Un interés para compensar por la pérdida que supone no recuperar el dinero y no poder extraer de él los frutos esperables (los intereses). Otro por la pérdida que supondría la obligación de provisionar la misma cantidad que no se recupera. Pero en realidad tampoco me parece que sea ello exactamente así, pues las provisiones no necesariamente han de estar improductivas, en la hucha del banco si se me permite la expresión. Por el contrario, no parece que en el sector bancario se prohíba invertir las provisiones en activos seguros y productivos. No muy productivos, ciertamente, que ya se sabe que cuanto más seguros son los activos menos producen. Pero sí algo productivos, con lo que tampoco sería cierta esa hipótesis de la pérdida del duplo del interés remuneratorio.

**Cuarto:** Dice el auto de la mayoría que ninguna explicación ha ofrecido la señora [REDACTED] acerca de las circunstancias de la operación, por lo que no hay base para considerar desproporcionada la tasa de interés de demora.

Creo que se trata de un argumento poco consistente. Las circunstancias de la operación son las que están a la vista y con arreglo a ellas debíamos juzgar y hemos juzgado. Era un crédito, o sea la puesta a disposición de la demandada de una cantidad de dinero, de la que ésta dispuso mediante numerosas operaciones que aparecen en el extensísimo extracto de movimientos aportado por el banco ejecutante. Era, además, un crédito sin garantías especiales. No comprendo qué cosas más habían de explicarse. La entidad acreedora tampoco ha sido muy explícita a la hora de exponer qué circunstancias hacían justificable este enorme tipo de interés de demora.

Pues bien, insisto en que, con arreglo a lo que sabemos de la operación, que es lo único que podemos considerar, un tipo de interés de demora del 29 por ciento

constituye a mi entender una sanción desproporcionada a una consumidora, de modo que la cláusula que lo establece es abusiva y nula, por lo que debería haber fijado la sala otro interés de demora, superior al remuneratorio pero inferior, muy inferior, al expuesto, como se ha hecho en otras ocasiones. Un tipo de interés tan alto, que casi llega al 30 por ciento, puede impedir pagar la deuda y produce, ya lo he dicho, la descorazonadora situación de que cada tres años y medio se incremente la deuda en tanto como el capital inicial debido. Sin tener en cuenta el anatocismo, porque si se tiene en cuenta creo que la deuda iría doblándose cada pocos años. Baldón, en cualquiera de ambas hipótesis, que recae sobre una consumidora, contra lo que creo es la voluntad de la ley y el sentir social.

Barcelona a doce de julio de dos mil once.