



Roj: **SAP AB 706/2017 - ECLI: ES:APAB:2017:706**

Id Cendoj: **02003370012017100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2017**

Nº de Recurso: **345/2017**

Nº de Resolución: **316/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL MATEOS RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **ALBACETE**

#### **SECCION PRIMERA**

N00050

C/ SAN AGUSTÍN Nº 1 DE ALBACETE.

Tfno.: 967596558 /967596557 Fax: 967596501 /967596530

N.I.G. 02003 42 1 2015 0009208

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000345 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N. 7 de ALBACETE

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001599 /2015

Recurrente: Carlos Miguel y Rosario

Procurador: ENRIQUE MONZON RIOBOO

Abogado: SILVIA PRIETO QUINTELA

Recurrido: SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO SA SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE C

Procurador: JOSE LUIS SALAS RODRIGUEZ DE PATERNA

Abogado: LUIS JAVIER TERCERO GUIJARRO

**S E N T E N C I A N U M . 3 1 6 / 1 7**

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Il'tmos. Sres.**

**Presidente**

**D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA**

**Magistrados**

**D. JOSÉ GARCÍA BLEDA**

**D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ**

En Albacete a siete de Noviembre de dos mil diecisiete.

**VISTOS** en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos nº 1599/15 de Procedimiento Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete y promovidos por SANTANDER CONSUMER



ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO S.A., contra D. Carlos Miguel Y D<sup>a</sup> Rosario , cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 24 de enero de 2017 por la Il<sup>ta</sup>m. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpusieron los referidos demandados. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 19 de Octubre de 2017.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ACEPTANDO** en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y

**PRIMERO.-** Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda principal interpuesta por SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A., contra DON Carlos Miguel Y DOÑA Rosario , en reclamación de la cantidad de 32.937'84 €, más intereses, DEBO CONDENAR Y CONDENAR a los referidos demandados a que abonen a la actora la cantidad de TREINTA MIL QUINIENTOS CUATRO EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (30.504'25 €), más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial e incrementados en dos puntos desde la presente resolución y hasta el completo pago. Sin imposición de costas procesales.-Y que DESESTIMANDO la demanda reconvenicional formulada por DON Carlos Miguel Y DOÑA Rosario contra SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE Código CRÉDITO S.A., sobre nulidad por abusiva de una cláusula contractual, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la referida demandada de las pretensiones contenidas en dicha demanda. Las costas procesales causadas se imponen a los actores reconvenionales.- Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en la forma prevista en los artículos 458 y siguientes de la LEC; recurso del que conocerá la Il<sup>ta</sup>m. Audiencia Provincial de Albacete.-Conforme a la D.A. Decimoquinta de la LOPJ, para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.-El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Albacete en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación de "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".-Líbrense certificación literal de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.-Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo."

Por el citado Juzgado se dictó Auto de Aclaración Procedente de fecha 8 de Febrero de 2017, cuya parte dispositiva es del literal siguiente. "ACUERDO.- Estimar la petición formulada por la representación procesal de doña Rosario de aclarar el Fundamento de Derecho Quinto y Fallo de la Sentencia de 24 de enero de 2017, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:-1.- En cuanto al Fundamento de Derecho Quinto:-"El vencimiento del contrato se produjo, no en agosto de 2015, sino en julio de 2015, es decir, cuando faltaban por vencer 67 plazos o cuotas".-Por tanto, se ha de descontar la suma de 1.917'54 €, la cual resulta de multiplicar el importe de 28'62 € por las 67 cuotas.-En consecuencia, su penúltimo párrafo queda redactado de la siguiente forma: "por tanto, de la suma reclamada de 32.364'90 € se ha de restar la suma de 1.917'54 € del seguro de vida, lo que arroja un total de 30.447'36 € que los demandados han de abonar a la parte actora".-2.- Y, en cuanto al Fallo, su primer párrafo queda redactado de la siguiente forma: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda principal interpuesta por SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A., contra DON Carlos Miguel Y DOÑA Rosario , en reclamación de la cantidad de 32.937'84 €, más intereses, DEBO CONDENAR Y CONDENAR a los referidos demandados a que abonen a la actora la cantidad de TREINTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (30.447'36 €), más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial e incrementados en dos puntos desde la presente resolución y hasta el completo pago. Sin imposición de costas procesales".-MODO DE IMPUGNACION.- Contra esta resolución no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la Sentencia.-Así lo manda y acuerda S.S<sup>a</sup>.; doy fe."

**SEGUNDO.-** Contr a la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por los demandados D. Carlos Miguel Y D<sup>a</sup> Rosario , representado por medio del Procurador D. Enrique Monzón Rioboo, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup> Silvia prieto Quintela, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la demandante SANTANDER CONSUMER ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO S.A., representada por el Procurador D. José Luis Salas Rodríguez de Paterna, bajo la dirección del Letrado D. Luis Javier Tercero Guijarro, se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los referidos Procuradores en las representaciones ya indicadas.



**TERCERO.-** En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone, en nombre y representación de los demandados, Carlos Miguel y Rosario, recurso de apelación contra la sentencia de la Magistrada Juez de Primera Instancia nº 7 de Albacete de 24 de enero de 2017 (rectificada por el auto de aclaración de 8 de febrero de 2017), que, estimando parcialmente la demanda interpuesta contra ellos por Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito S.A., en reclamación de la cantidad de 32.937'84 €, más intereses, les condenó a abonar a la actora la cantidad de treinta mil cuatrocientos cuarenta y siete euros con treinta y seis céntimos (30.447'36 €), más los intereses legales desde la fecha de la interposición judicial e incrementados en dos puntos desde la sentencia y hasta el completo pago, sin hacer expresa imposición de costas procesales, y que desestimó su demanda reconvenzional sobre nulidad por abusiva de una cláusula contractual, condenándoles al pago de las costas de la reconvencción.

Las relaciones entre las partes derivan del contrato de préstamo de Financiación a Comprador de Bienes Muebles, Modelo K, Nº NUM000, nº de operación NUM001, para la adquisición de un vehículo Mazda, modelo 6 (nº de fabricación o chasis NUM002), suscrito por la actora en calidad de prestamista y por los demandados en calidad de prestatarios en fecha de 3 de enero de 2014.

Ante el impago de algunas cuotas mensuales de capital e intereses, la demandante formuló petición inicial de proceso monitorio y a ella se opusieron los demandados, siendo ese el origen del juicio ordinario del que deriva la apelación.

**SEGUNDO.-** Siguiendo el orden del recurso, procede en primer lugar analizar la impugnación de la sentencia en lo que se refiere a la desestimación de la reconvencción.

Los demandados solicitaron que se declarase nula, por abusiva, la cláusula contractual en cuya virtud se fijó una comisión de apertura del 3% del importe total del crédito (1.062'14 €) ya que en su opinión dicha cláusula vulneraba los principios de transparencia, información y reciprocidad que han de regir la contratación. La demandante, demandada reconvenzional, alegó que la cláusula de comisión de apertura tenía como causa y fundamento concreto el remunerar a la entidad financiera por los trámites que tuvo que realizar para formalizar el acuerdo (estudiar la viabilidad de la operación, comprobar la realidad de la adquisición del vehículo, verificar la solvencia y perfil de los deudores financiados, comprobar su inclusión o no en el registro de morosos, gestionar en la notaría la redacción y preparación de la escritura de préstamo de financiación y poner los fondos a disposición de los financiados), y alegó también que dicha cláusula no es predispuesta, sino negociada individualmente.

La Sra. Magistrada desestimó la pretensión reconvenzional porque entendió que la comisión de apertura era una contraprestación de los trabajos de estudio y valoración de la solvencia previos a la concesión del préstamo realizados por la entidad financiera; y porque así se prevé en la normativa sectorial: artículo 6 a) de la Ley 16/11 de 24 de junio, Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12/12/89 (referencia que hay que entender hecha a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, derogatoria de la citada) y Circular 8/90, de 7 de septiembre, del Banco de España.

El artículo 6 a) de la Ley 16/11 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, incluye las comisiones como uno de los conceptos que integran el coste total del crédito para el consumidor, por lo que en principio se admiten.

El artículo 3 ("Comisiones") de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios indica en su apartado 1 que "(l)as comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes", pero añade que "(s)ólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Y la Circular del Banco de España número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela insiste en que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Por otra parte, el artículo 89,5 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las que introduzcan incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones



que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

La demandante sostiene que la comisión de apertura tiene por finalidad sufragar el coste de determinadas actuaciones, a saber: estudiar la viabilidad de la operación, comprobar la realidad de la adquisición del vehículo, verificar la solvencia y perfil de los deudores financiados, comprobar su inclusión o no en el registro de morosos, gestionar en la notaría la redacción y preparación de la escritura de préstamo de financiación (aunque en este caso no hubo escritura de préstamo, sino simple intervención notarial de la póliza de préstamo) y poner los fondos a disposición de los financiados. Pero en realidad tales actuaciones o bien forman parte de la mecánica de la contratación, de la fase de formación de la voluntad de la demandante, o bien están encaminadas a la plasmación por escrito de las cláusulas predispuestas por la demandante, o bien se concretan en el cumplimiento de la obligación contractual principal de la demandante, por la que está establecido que recibiría como remuneración el interés pactado. Por lo que puede decirse que ninguna de esas actividades supone la prestación de ningún servicio adicional a los demandados digno de remuneración adicional. Es llamativo, por último, que se diga que la justificación de la comisión está en la realización de determinados gastos y que su importe se haya establecido según la demandante no mediante la cuantificación de esos gastos, sino, a través de una negociación con los demandados, como porcentaje respecto del nominal del préstamo. Eso no tiene sentido. Si se trata de gastos reales, su importe no debería ser negociable y por supuesto no debería fijarse como si fuera mayor cuanto mayor es el importe del préstamo, pues por ejemplo en una consulta con un fichero de morosos se emplea el mismo tiempo con independencia de la cuantía de la operación que se esté estudiando.

Entiende la Sala, por otra parte, que no se ha enervado la presunción de no negociación individual del artículo 82,2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La circunstancia de que la cláusula figure en letra diferente, como si se hubiera añadido a una plantilla preexistente, no demuestra que hubiera verdadera negociación. Siendo indudable que el contrato fue redactado por la demandante, tan posible es que la negociación existiera y la comisión se fijara con arreglo a ella como que no.

En atención a todo ello, la conclusión que se alcanza es que debe declararse nula la cláusula sobre comisión de apertura, debiendo en consecuencia estimarse el recurso en este punto y la demanda reconvencional en su integridad.

**TERCERO.-** El siguiente motivo del recurso, referido ya a las pretensiones deducidas en la demanda, critica que no se hayan estimado los argumentos y pretensiones principales de la contestación de los apelantes en cuanto al contrato de seguro por el que la actora cargó a los demandados la cantidad de 2.404,53 € en el momento de la firma del contrato de préstamo.

En la sentencia se rechazó la pretensión principal de los demandados de que debería excluirse de su deuda la suma de 2.404'53 € en concepto de seguro de vida, ya que el mismo no consta contratado, con el argumento de que los mismos "no pueden ignorar que, al suscribir el contrato de financiación, también suscribieron un seguro de vida por importe total de 2.404'53 €, como consta expresamente en las condiciones particulares", y sin embargo se atendió parcialmente (por importe de 1.917'54 €) a la pretensión subsidiaria de que se excluyera la suma de 2.032'40 € al haber devenido el contrato de seguro sin objeto.

Los demandados insisten en que no consta la suscripción de ningún contrato de seguro de vida, ignorándose por ello datos tan imprescindibles como la identidad de la aseguradora, la persona cuya vida se asegura, los capitales, etc., y en ello debe dárseles la razón, ya que efectivamente por parte de la demandante no se ha aportado la correspondiente póliza, a pesar de haber tenido oportunidad de hacerlo en el período probatorio, por lo que la cláusula debe declararse nula de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89,1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dando por reproducido lo expuesto más arriba sobre la falta de prueba de su negociación individual.

Saliedo al paso de lo que se alega en el escrito de contestación al recurso, ha de decirse que la conducta de los demandados al plantear, con carácter principal, la nulidad de la cláusula, y, con carácter subsidiario, un descuento en la prima por haber devenido el contrato sin objeto con motivo del vencimiento anticipado, no se considera incongruente, precisamente por la articulación jerarquizada y no simultánea de los argumentos.

**CUARTO.-** El último motivo del recurso que debe ser analizado es el relativo a la procedencia del vencimiento anticipado del préstamo en el que se basa la pretensión principal de la demanda, justificado por el incumplimiento por parte de los demandados del pago de diversas cuotas mensuales de amortización de capital e intereses.



Se parte de la base de que los demandados adeudaban, al momento de declararse el vencimiento anticipado, las cuotas de marzo a junio de 2015, y de hecho han admitido que aun deben la cantidad de 2.291 € (las cuotas son de 572,94 €).

Esa circunstancia, en combinación con la de que no han acreditado haber abonado cuotas posteriores a la de julio de 2015, lleva a la consideración de que fue correcta la resolución contractual por incumplimiento acordada en su día por la demandante, en vista de lo dispuesto en los artículos 1.124 del Código Civil y 10, 4 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y en la cláusula 6 B de las Condiciones Generales del contrato que liga a las partes.

Los demandados sostienen, no obstante, que el impago se debe no a su voluntad, sino a la mala gestión de la demandante en la emisión y cobro de los recibos, ya que estos estaban domiciliados en una cuenta bancaria de la que eran titulares que hubo de ser cancelada y sustituida por otra en una entidad diferente, y la demandante no fue capaz de remitirlos a ésta última.

Frente a ello debe destacarse, primero, que los demandados pudieron y debieron pagar directamente el primero de los recibos que la demandante no pudo cobrar en su cuenta bancaria, tal y como se les indicó en la carta remitida por correo electrónico cuya copia aportaron con las contestaciones a la demanda. Segundo, que según consta en los recibos devueltos y en los certificados emitidos por su banco, el motivo de las devoluciones no fue la desaparición de la cuenta o la nueva numeración otorgada a la misma como consecuencia no de la desaparición sino de la nueva denominación de la entidad bancaria en la que los demandados tenían la cuenta domiciliataria, sino de su falta de saldo (cfr. documentos 5 y siguientes de la demanda y Extracto de Movimientos remitido por Evo Banco, S.A., antes Nova Caixa Galicia). Tercero, que la desaparición de saldo suficiente de la cuenta de los demandados en Evo Banco, antes Nova Caixa Galicia, donde se domiciliaron inicialmente los recibos, se produjo el día 5 de febrero de 2015, y la comunicación del nuevo número de cuenta domiciliataria de los recibos a la actora se produjo el día 5 de mayo de 2015, lo que propició lógicamente que los recibos de los tres meses intermedios no se pudieran cobrar. Cuarto, que los demandados no han procedido tampoco después de la incoación del proceso monitorio ni durante la tramitación del juicio ordinario a pagar la cantidad que reconocen adeudar por incumplimiento de las cuotas aludidas ni a consignar las posteriores que ya no les fueron giradas por el vencimiento anticipado cuestionado.

Todo ello lleva a la conclusión de que el incumplimiento de los demandados tiene entidad suficiente como para justificar la resolución contractual que justifica la interposición de la demanda.

**QUINTO.-** Recapitulando, procede descontar de la cantidad reclamada por la demandante, 32.364,90 € según lo indicado por su letrada en el juicio, la cantidad de 1.062,14 € por la comisión de apertura declarada nula y 2.404,53 € por el seguro no contratado, por lo que la demanda debió estimarse por la cantidad de 28.898,23 €.

**SEXTO.-** La estimación parcial del recurso de los demandados supone la estimación íntegra de lo que plantearon como reconvencción. Pero entiende el Tribunal que lo más correcto hubiera sido que lo que fue objeto de reconvencción se hubiera planteado como excepción, pues en definitiva las consecuencias de su estimación se concretarían en la estimación parcial de la demanda, lo mismo que sucede con la nulidad de la cláusula relativa al seguro, que sin embargo no se articuló como parte de la reconvencción.

Se considera, por ello, que la reconvencción no merece un pronunciamiento separado en materia de costas.

Y dado que la demanda en definitiva se estima parcialmente, no procede hacer pronunciamiento expreso sobre las costas de la primera instancia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y al darse lugar parcialmente al recurso, tampoco procede hacer pronunciamiento expreso sobre las costas de la apelación.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Miguel Y D<sup>a</sup> Rosario, contra la Sentencia dictada en fecha 24 de Enero de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete, en el Procedimiento Ordinario nº 1599/15, **revocamos parcialmente** la referida resolución, y fijamos la cantidad principal a cuyo pago vienen condenados los apelantes en 28.898,23 €, sin hacer expreso pronunciamiento de condena en costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de



la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ