



Roj: **SAP T 385/2012 - ECLI: ES:APT:2012:385**

Id Cendoj: **43148370012012100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2012**

Nº de Recurso: **640/2011**

Nº de Resolución: **136/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### TARRAGONA

### SECCION PRIMERA

**ROLLO NUM. 640/2011**

**ORDINARIO NUM. 725/2008**

**EL VENDRELL NUM. TRES**

**S E N T E N C I A NUM. 136/12**

**ILTMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE**

**D. Antonio Carril Pan**

**MAGISTRADOS**

**Dª Mª Pilar Aguilar Vallino**

**D. Manuel Díaz Muyor**

En Tarragona, a 10 de abril de 2012.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio Ordinario nº 725/2008, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Vendrell, seguidos entre partes, de una, como Apelante- Actora la mercantil Finanzia, Banco de Crédito, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Bastida y asistida del Letrado Sr. Martí Aromir, y de otra, como Apelado- Demandado D. Faustino , no comparecido en este instancia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

LA SALA acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Vendrell, en fecha 28 de junio de 2011, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"Debiendo estimar y estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. José Román Gómez en nombre y representación de Finanzia de Crédito, S.A. y condenando a Faustino a pagar la cantidad de 35.808,20 euros más 2.5 veces el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte actora, admitido en ambos efectos, se dió traslado del mismo a la parte apelada, que no efectuó alegaciones por encontrarse en situación procesal de rebeldía elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.



**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 27 de marzo de 2012.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Díaz Muyor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El 11 de enero de 2007 se suscribió una póliza de préstamo entre la entidad actora ahora apelante y el demandado por un importe de 40.826,06 Euros a devolver mediante el pago de 60 cuotas por un importe de 818,07 Euros cada una de ellas, comprensivas cada una de ellas de capital e intereses, y donde se fijó un interés anual del 7% y un interés anual de demora del 20%e interés nominal.

La sentencia recurrida, frente a la reclamación de la actora procede, de oficio, a considerar que la cláusula por la que se fija en un 20% los intereses de demora, dado su carácter sancionador, constituyen una sanción desproporcionada a tenor de lo dispuesto en el art. 82 y 83 del Decreto Legislativo 1/2007 , todo ello en relación al art. 19 de la Ley de Crédito al Consumo que limita el interés legal a un tipo no superior al 2,5 del interés legal del dinero.

**SEGUNDO.-** La primera de las cuestiones que se plantea en esta alzada por la parte apelante es el rechazo al criterio del Juzgador a quo a que una cláusula contractual por su

condición de abusiva respecto del consumidor que la soporta sea declarada de oficio. Ciertamente, tal posibilidad viene siendo mayoritariamente admitida aún cuando no hubiera sido invocada expresa y formalmente por la parte, y para ello basta citar: a) los arts. vistos los arts 51 y 53 CE , la Directiva 93/13 de la CEE, 2 y 10 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, 10 bis de la (antigua) LGDCU (actualmente, art. 85.6 en relación con el 83 TRLGDCU de 16.11.2007) y la enumeración de cláusulas de su DA I , artículos 83 , 85 y 89 , y 19.4 Ley de Crédito al consumo; b) es más el art. 89.7 del referido TRLGDCU, califica de abusivas en todo caso las condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites del 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo , a la que por tanto ahora existe remisión expresa y no sólo por vía de criterio interpretativo ("en ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero"), con la consiguiente sanción de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el referido art. 83 que expresamente prevé para estos supuestos de cláusulas abusivas la facultad moderadora del Juez. c) aparte de ello, la STS 1 del 04 de Junio de 2008 (ROJ: STS 2599/2008 ) estudia alegaciones basadas en la Sentencia de la misma Sala de 27 de marzo de 1999 (eventual nulidad de de este tipo de cláusulas en los préstamos hipotecarios), y reconoce - como ésta, la posibilidad de apreciación de oficio de estas eventuales nulidades en supuestos de desproporción evidente y falta de equitatividad (notoria desigualdad entre las partes, cláusulas complicadas, singularmente para la determinación de intereses, falta de claridad en el sistema de liquidación); no cabría la reclamación de los intereses remuneratorios del capital propio de los plazos anticipadamente vencidos, ni su acumulación a los intereses de demora sobre tal cantidad, debiendo -al menos- reducir los intereses que excedan del tipo indicado en el art 19.4 LCC aun no tratándose propiamente de un descubierto en cuenta corriente. Y todo ello es apreciable de oficio por el Juzgador, por darse un supuesto claro de nulidad (ver Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 Oct. 2006, proc. C-168/2005 , y 6 Oct. 2009 , rec. C-40/2008 ).

**TERCERO.-** En relación a la sostenida nulidad de la cláusula contractual que fija el interés moratorio en el 20%, y dado que la parte apelante no cuestiona que el demandado prestatario sea consumidor, la Ley 7/1995 de crédito al consumo- que debe completarse con el principio general de defensa del consumidor -art. 1 de la LGCU 26/1984-, aplicables al caso que nos ocupa permiten calificar, en general, como contratos civiles los contratos bancarios con consumidores, es decir, aquéllos en que el dinero o los servicios no se destinan a "operaciones mercantiles", aplicando por analogía el criterio del art. 311 Cdeco. En este sentido, ya la SAP Barcelona Secc. 15ª de 17 de febrero de 1994 , calificó como civil un contrato de leasing a consumidor. Una cláusula que autocalifique el contrato como mercantil no es abusiva, sino nula por contraria a ley.

La Ley (LCC) regula todos los contratos en los que un empresario concede crédito a un consumidor, bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional. Así pues, no se refiere sólo a contratos bancarios, aunque afecte a ellos de manera notable, en especial como financiadores de operaciones de consumo.



Especial interés práctico ha tenido la aplicación del art. 19.4 LCC para calificar como cláusula abusiva la de intereses moratorios exagerados, en especial al descender progresivamente el interés legal.

Así, la SAP Murcia (Secc. 2ª) de 1 de febrero de 2002 -frente al criterio seguido en anteriores sentencias suyas- ha procedido a revisar los intereses moratorios pactados en una

póliza de préstamo para la compra de un automóvil, una vez puesto en marcha el juicio ejecutivo, no por aplicación de la LCGC ni de la LCC, no aplicables al supuesto con carácter retroactivo, sino por aplicación del art. 10 de la LGDCU en su redacción de 1984, y en especial su apartado 4º ("condiciones abusivas del crédito"), y como nulidad parcial (la cláusula del 29% de intereses moratorios), sin modificar en cambio el interés remuneratorio, cuya fijación "debe responder al juego de los mecanismos del mercado, sin perjuicio de que, dándose las circunstancias y presupuestos en ella previstos, pudieran ser de aplicación las normas de la propia Ley de Crédito al Consumo o, incluso, las de la Ley de Represión de la Usura de 1908... En cambio, el discurso debe ser distinto en lo que se refiere a la cláusula que determina los intereses moratorios aplicables en caso de incumplimiento del prestatario, por tratarse de una cláusula que no se refiere a las prestaciones principales derivadas del contrato, dado el carácter eventual de su aplicación..." (FD Cuarto).

La SAP Murcia citada declara además que el control es aplicable de oficio, aunque no medie alegación del interesado (que estaba en rebeldía) (FD Sexto), incluso en el juicio ejecutivo (invocando las SSTC de 10 de febrero de 1992 y 5 de marzo de 1992, sobre el anterior art. 1435 LEC) (FD Séptimo); y la cláusula que fijaba un interés moratorio mínimo del 25%, con una penalización al alza de tres puntos -y nunca a la baja- sobre el nominal pactado por todo el tiempo que transcurra entre el vencimiento y el pago efectivo, es abusiva, porque dicho interés es indemnizatorio (STS de 13 de abril de 1992) y la facultad de fijar contractualmente un interés moratorio superior al legal (a diferencia de los arts. 1108 Cc y 316 Cdeco), con una finalidad disuasoria, "debe venir limitada por la constatación de tratarse de un interés desproporcionado, teniendo en cuenta las circunstancias". Redujo los intereses moratorios al porcentaje resultante de multiplicar por 2,5 el interés legal correspondiente a cada una de las anualidades de demora. En el mismo sentido se habían pronunciado antes las SSAP Zamora de 14 de diciembre de 1999 y Asturias de 14 de abril de 2000.

La SAP de Córdoba de 18 de febrero de 2003 declara igualmente nula la cláusula de interés de demora, en un contrato de préstamo personal, por desproporcionada (por aplicación de los arts. 10.1 c) y 10.bis 1 de la Ley de Consumidores y Usuarios y 19.4 LCC). El contrato fue celebrado cuando el interés legal era del 5%, siendo el interés nominal pactado entre las partes del 7,5% y el interés moratorio del 24%, muy superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, y por tanto, abusivo por desproporcionado, debiendo reducirse al 12,5%.

Por último, la Directiva 93/13/CEE establece en su art. 3 que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas"; y en el Anexo, apartado 1.e, que "imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta".

Con todo, en algunos casos con cita de la Ley de usura y en otros no, parece ir abriéndose paso en la doctrina de las Audiencias, claramente en relación con los intereses moratorios y algo más tímidamente en relación con los remuneratorios, la consideración como canon de referencia, para determinar el carácter abusivo de las cláusulas que fijan el tipo de interés, - aunque no directamente aplicable a los casos enjuiciados- de las previsiones del art. 19.4 de la Ley de crédito al consumo.

La Sentencia AP Lleida (Secc. 2ª), de 14 de enero de 2002, en relación con un interés que quintuplica el legal del dinero en la época de concesión, utilizando el referente del citado art. 19.4, señala (FJ segundo) "si se fijan estos límites para intereses que tienen naturaleza moratoria y sancionadora del incumplimiento, con mayor razón no podrán excederse cuando se imponen como remuneratorios (en igual sentido Sentencia AP La Coruña de 10 de febrero de 2000)".

La Sentencia AP Murcia (Secc. 5) de 7 de octubre de 2003, establece que "todos los intereses, tanto los contractuales como los remuneratorios, que superen el margen del 2,5 veces el interés legal del dinero, se consideran abusivos".



Asimismo, la Sentencia AP Asturias (Secc. 4ª), de 9 de julio de 2004 , juzga, en un crédito al consumo, claramente desproporcionado un tipo de interés efectivo anual, muy alejado del interés legal del dinero y del límite fijado en el art. 19.4 de la Ley de crédito al consumo, considerando que incurre en la prohibición prevista en el art. 10 bis 1 de la LGDCU, al tiempo que señala que la carga de la prueba de acreditar que la cláusula se ha negociado corresponde al profesional, según establece el propio precepto.

Las Sentencias AP Girona (Secc. 2ª) de 23 de enero de 2001 y AP de Murcia (Secc. 2ª), de 31 de marzo de 2000 , señalan por el contrario, la imposibilidad de entrar a conocer el eventual carácter abusivo del importe de los intereses remuneratorios pactados, en la medida en que éstos responden, en nuestro sistema económico, al juego de los mecanismos del mercado, siempre que quede correctamente garantizada la formación de la voluntad del prestatario y, sin perjuicio, de que, en su caso, operen los controles previstos en la Ley de Crédito al Consumo o, incluso en la Ley de Usura de 1908.

En el mismo sentido, considerando que el importe de los intereses remuneratorios sólo puede ser controlado a través de la Ley de Usura, Sentencia de la AP de Barcelona (Secc. 13ª) de 9 de junio de 2004 .

Como ya se ha señalado, utilizan las previsiones del art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo , bien para determinar el carácter abusivo de la cláusula que fija los intereses de demora o, para, atendiendo a los criterios que de dicho precepto se deducen, aplicar la facultad moderadora que el art. 1154 del Código Civil atribuye al Juez los supuestos de cláusulas penales convencionales, entre otras, las Sentencias, AP de Girona (Secc. 2ª) de 23 de enero de 2001 , AP de Barcelona (Secc. 13ª) de 9 de junio de 2004 , AP de Córdoba (Secc. 3ª.) de 4 de mayo de 2001 , AP de Murcia (Secc. 2ª) de 31 de marzo de 2000 , AP Murcia (Secc. 2ª) de 1 de febrero de 2000 , AP Asturias (Secc. 6ª) de 20 de diciembre de 2002 , AP Asturias de 30 de diciembre de 2004 , AP Asturias (Secc. 7ª) de 17 de julio de 2003 .

Por todo ello, cabe considerar correcto el criterio del Juzgador a quo de moderar el pacto de intereses de demora y considerar, por lo expuesto, el contrato como contrato civil, si bien matizando que en esta cuestión existen criterios aun confusos, tal como se deduce de la RDGRN de 1 de febrero de 1980, SAP de Madrid de 7.10.2009 o en la ya mas antigua STS de 9 de mayo de 1944 .

**CUARTO.-** Dadas las dudas de derecho que vienen suscitando las resoluciones planteadas, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia, por así disponerlo el art. 398 LEC en relación al art. 394.II del mismo texto legal .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Finanzia Banco de Credito, S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de El Vendrell de fecha 28 de junio de 2008 , confirmando íntegramente la misma sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.