



Roj: **SAP TF 2514/2013 - ECLI:ES:APTF:2013:2514**

Id Cendoj: **38038370032013100370**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2013**

Nº de Recurso: **412/2013**

Nº de Resolución: **377/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CONCEPCION MACARENA GONZALEZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Ilmos. Sres.

Presidenta-en funciones:

D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO (Ponente)

Magistradas:

D<sup>a</sup>. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

D. ÁLVARO GASPAR PARDO DE ANDRADE

En Santa Cruz de Tenerife, a 29 de noviembre de 2013.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados, en grado de apelación, el recurso interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Arona, en autos de Juicio Ordinario nº. 1.350/2012, seguidos a instancias del Procurador D. Manuel Álvarez Hernández, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. Svetlana Kapisovská en nombre y representación de la entidad, Galba Holdings, S. A. R. L, contra D. Fausto , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Cristina Ripol Sampol, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. Nayra Mesa Mesa ;han pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la presente Sentencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO Magistrada de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con base en los siguientes,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En los autos y por el referido Juzgado se dictó Sentencia de fecha cuatro de marzo de dos mil trece , cuya parte dispositiva, - literalmente copiada-, dice así: " Se estima íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Álvarez Hernández, en nombre y representación de la entidad, Galba Holdings, S.A.R.L. frente a don Fausto , representado por el Procurador de los Tribunales, doña Cristina Ripol Sampol y, en consecuencia, se le condena a abonar la cuantía de once mil seiscientos setenta y dos euros con veintiséis céntimos de euros ( 11.672,26 euros) más los intereses que se hubieren devengado desde el cierre de la operación del préstamo concertado, al tipo pactado.

Se condena en costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , presentando escrito de oposición la parte contraria, y remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, y se designó como Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora designada por el turno de oficio al efecto, D<sup>a</sup>.



Montserrat Espinilla Yagüe, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup>. Nayra Mesa Mesa , la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Manuel Álvarez Hernández, bajo la dirección de la Letrada D<sup>a</sup> Svetlana Kapisovská; señalándose para votación y fallo el día dieciocho de noviembre del corriente año.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima la demanda se alza el recurso de la parte demandada alegando, en primer lugar, infracción de lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del RDL 1/007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores ; art. 8 de la Ley General de Contratación , en relación con las cláusulas contractuales que establecen los intereses remuneratorios y de demora, al considerar que un interés de demora al 25% anual resulta manifiestamente desproporcionado, en relación al interés legal del dinero en la época en que se suscribió el contrato, que para el año 2009 era de 5,5% hasta abril y 4% a partir de ese mes. En segundo lugar, alega infracción de lo dispuesto en los artículos antes citados en lo que se refiere al importe de la cláusula referidas a la **comisión de apertura** del préstamo, por no haber sido negociada individualmente ni haberse acreditado la existencia del servicio o gasto a que se refiere. Concluye pidiendo la declaración de nulidad de las cláusulas que establecen los intereses de demora y remuneratorios y la de **comisión de apertura**. A dicho recurso se opone la parte contraria pidiendo la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Tal y como consta de lo actuado, las partes celebran un contrato de préstamo el día 5 de marzo de 2009, debiendo destacarse de sus cláusulas que la finalidad del mismo es la regularización de las deudas pendientes de pago por la prestataria al banco, que el importe del préstamo es de 11.200 euros con vencimiento a diez años, acordándose el interés remuneratorio del 10% y de demora al 25% y una **comisión de apertura** de 112 euros, con una periodicidad mensual de amortización para lo cual se determina una cuota mensual de 148 euros, de manera que el importe total a satisfacer al banco es de 17.873,73 euros, de los cuales 6.561,87 euros corresponde a intereses y 112 a **comisiones** y gastos repercutibles. Llevado a cabo el vencimiento anticipado el día 18 de diciembre de 2009, se practica liquidación de la que resulta 10.691,28 euros por capital pendiente de amortizar, 888 euros por cuotas impagadas, 54,37 euros por intereses de demora y 36,62 euros por intereses ordinarios.

TERCERO.- Tres son las cuestiones a resolver en esta alzada, la primera referida a los intereses remuneratorios, la segunda a los moratorios y la tercera al importe de la **comisión de apertura** del préstamo, cuestiones cuya resolución ha de quedar enmarcada en la normativa de protección al consumidor, pues si bien es cierto que tal y como resulta de la documental que se acompaña a las actuaciones, el préstamo estaba dedicado a la refinanciación de la deuda, también consta acreditado que la deuda que se refinancia provenía del impago de otro préstamo al consumo anterior, destinado a la adquisición de un vehículo, al que el deudor no hizo frente. En tal sentido, debe determinarse que, en atención a las circunstancias que rodean el caso, al mismo le será de aplicación lo dispuesto tanto en la legislación protectora del consumidor como en la ley general de la contratación, y en tal sentido, debe distinguirse entre los intereses remuneratorios y los moratorios, que, por tener naturaleza distinta, merecen un tratamiento y una solución para cada caso.

Por lo que respecta a los intereses remuneratorios, como es sabido, obedecen y tiene su origen en la naturaleza bilateral del contrato de préstamo, y han sido pactados por las partes en atención a las circunstancias concretas del caso, de manera que el examen respecto de los mismos solo debe centrarse en determinar si son usurarios, y por tanto, es procedente aplicarles la ley de represión de la usura, debiendo decirse que en el presente caso no concurren las circunstancias necesarias para que proceda esa declaración, teniendo en cuenta que se trataba de la refinanciación de una deuda preexistente y de que el préstamo no tenía otra garantía que la personal del hoy recurrente. Por lo tanto, debe ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia en este punto, pues un interés que no supere 2,5 veces el interés del dinero no puede considerarse abusivo teniendo en cuenta las circunstancias expuestas referidas tanto al destino del mismo y a la ausencia de cualquier otro tipo de garantía.

Distinta ha de ser la solución que deba darse a la cuestión de los intereses moratorios, que, por su naturaleza, deben ser calificados de sanción a una previa conducta incumplidora del deudor y, en definitiva, dirigidos a reparar un perjuicio causado por el impago en la forma prevista contractualmente, intereses respecto de los cuales, precisamente por ese carácter de sanción, pueden ser declarados abusivos y, en su caso, nula la cláusula que los acuerda, y en tal sentido, teniendo en cuenta la normativa antes referida, que considera **abusiva** una cláusula que imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, y que, según jurisprudencia al respecto, partiendo de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, para atender a dicho carácter habrá de estarse a la naturaleza de los bienes, circunstancias concurrentes y demás cláusulas contractuales, a la vista de las



anteriormente expuestas han de ser considerados abusivos los intereses remuneratorios pactados, al superar más de cuatro veces el interés legal del dinero vigente al tiempo de la contratación, y en todo caso, superar el 20%, lo que supone que deba declararse la nulidad de la cláusula que los dispuso, debiendo tenerse por no puesta en el contrato, tal y como señala el artículo 83.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, la que dispuso que la facultad de moderar la cláusula, que el referido precepto otorga al juez nacional español, es contraria a la normativa europea, y ello con base en los argumentos que la misma sentencia expresa cuando refiere que la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales pudieran verse tentados de utilizar las cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegaran a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por lo tanto, como vienen declarando las resoluciones de esta Audiencia, si la cláusula de los intereses moratorios es **abusiva** y, como tal, nula de pleno derecho, debiendo tenerse por no puesta en el contrato, sin que pueda ser integrada o moderada por el juez, -ni obviamente tampoco por el empresario contratante, que no se puede amparar al efecto en una cláusula nula de pleno derecho-, los intereses que éste puede percibir son los establecidos legalmente para el caso de la mora en el pago de las deudas en dinero, es decir, los del artículo 1.108 del Código Civil, intereses que solo se adeudan a partir de la reclamación, judicial o extrajudicial, de la deuda, que es el momento en que se inicia la mora, debiendo estimarse que en este caso se devengan intereses a partir de la interposición del juicio monitorio del que deviene el presente procedimiento, momento en que la petición se pone en conocimiento del deudor, generando su devengo.

Por último, debe resolverse sobre la impugnación de las cantidades reclamadas en concepto de **comisión de apertura**, que asciende a la de 112 euros. Señala el recurrente que la cláusula que determina esos gastos es nula de pleno derecho por tratarse de un contrato de adhesión, sin que se haya acreditado la gestión o el servicio que se reclama. A dicha impugnación se opone la entidad bancaria alegando que las **comisiones de estudio y apertura** remunerar las gestiones y análisis que debe realizar la entidad prestamista a fin de verificar la solvencia de los términos de la operación solicitada, que consta expresada en el contrato y que fue aceptada de contrario.

Debe accederse a la petición de nulidad de la referida cláusula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 antes citado, por cuanto, tal y como resulta de lo actuado, la referida cláusula debe ser considerada **abusiva** por referirse a un concepto que queda en la más completa indefinición, cuestión ésta que no ha sido determinada por la entidad demandada, al no quedar acreditado a qué gestiones se refiere, si se realizaron y cuál sería su coste, teniendo en cuenta que, en este caso, la situación económica de la parte era conocida por la propia prestamista, en atención a la finalidad del préstamo concedido.

CUARTO.- No se efectúa expresa imposición de las costas de la primera instancia ni las de esta alzada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

## FALLO

Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación de D. Fausto .

Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, acordando en su lugar la estimación parcial de la demanda, y condenando al demandado D. Fausto a que abone a la entidad actora la cantidad de 11.503,89 euros con los intereses legales desde la fecha de interposición del juicio monitorio del que dimana el presente. Sin efectúa expresa imposición de las costas de la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo. 466 de la LEC., la presente sentencia es susceptible de los recursos extraordinario de infracción procesal, artículo 468 y siguientes, en relación con la disposición transitoria decimo-sexta de la citada Ley y/o de casación del artículo 477 de igual cuerpo legal, si se cumplieren los requisitos que la mencionada norma establece. Los expresados recursos se interpondrán mediante escrito ante esta Sección en el plazo de veinte días siguientes a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos originales al



Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la misma, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ