



Roj: **SAP LU 19/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:19**

Id Cendoj: **27028370012017100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **412/2016**

Nº de Resolución: **12/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **LUGO**

#### **SENTENCIA: 00012/2017**

Lugo, a once de Enero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **JUICIO VERBAL 0001289 /2014** , procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO** , a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000412/2016** , en los que aparece como parte apelante, **Doña. Cecilia** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. NEREIDA GARCIA VILAR, asistida por la Abogada Doña. MARIA MONTES PEREZ, y como parte apelada, **COFIDIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA** , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL FAUSTINO MOURELO CALDAS, asistida por el Abogado D. MIGUEL ANGEL PEREZ, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente - constituido como órgano unipersonal el Ilmo. Sr. D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de LUGO, se dictó sentencia con fecha 30 de Diciembre de 2016 , en el procedimiento del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador Sr. Mourelo Caldas en nombre y representación de la entidad Cofidis S.A. frente a Doña. Cecilia , condeno a ésta a abonar a la actora la suma pendiente desde 2-12-2012 hasta 2-5-2014, más los intereses pactados en el contrato y prima de seguro, según el extracto de movimientos que se presenta con la demanda. Debo declara y declaro nulas por abusivas las cláusulas contenidas en las condiciones 8ª y 9ª del contrato, por lo que se excluyen las sumas reclamadas al amparo de tales cláusulas y ello a tenor de lo argumentado en el fundamento de derecho segundo. Sin imposición de costas", constando también Auto aclaratorio de la citada sentencia de fecha 3 de Mayo de 2016 cuya parte dispositiva dice: "Acuerdo: Desestimar la petición formulada por Cecilia de aclarar el fallo de la sentencia, dictada en el presente procedimiento. Mantener y no variar el texto de la referida resolución", que ha sido recurrido por la parte Cecilia .

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, quedando los autos conclusos para resolver el recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no contradigan lo que a continuación se expone.



**PRIMERO.-** La sentencia de instancia acogió parcialmente la demanda, y la misma es recurrida en apelación por Doña Cecilia , alegando error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho en cuanto a los siguientes conceptos: capital financiado y abonado; intereses remuneratorios del préstamo (las cláusulas 5 y 6 del contrato han de considerarse abusivas, declaradas nulas y tenerse por no puestas); y contrato de seguro. De forma subsidiaria solicita se concrete la cantidad objeto de condena.

**SEGUNDO.-** En primer lugar discrepa la apelante del principal financiado y abonado, puesto que considera que la suma prestada ascendió a 2.000 euros, de los cuales 2.043 ya se reconocen por la actora como abonados, de modo que el principal del préstamo ya se encontraría pagado.

El motivo no puede ser atendido puesto que coincidimos con la Juzgadora en que la suma financiada ascendió a 3.356 euros. Así se indica en el extracto de cuenta correspondiente a la línea de crédito obrante a los folios 10 y siguientes, que señala las cantidades objeto de financiación y sus fechas bajo el apartado "su petición de transferencia", que totalizan 3.356 euros, en consonancia con la condición general segunda que indica el modo en que pueden ser realizadas las disposiciones de crédito. Frente a ello vemos que la apelante ninguna prueba propuso, por ejemplo el extracto de la cuenta de la entidad Banco Santander por ella facilitada para justificar la suma que a su entender fue la realmente percibida.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo atinente al seguro, puesto que consta la expresa adhesión de la apelante en el momento de la suscripción del contrato de crédito marcando la correspondiente casilla, como así se refleja en el documento 1 de la petición monitoria. También constan suscritas las condiciones generales del seguro.

Por otro lado y en lo que respecta a la legitimación activa de Cofidis para el cobro de la prima, no podemos sino que dar por reproducidos los acertados argumentos de la sentencia, estando previsto en el contrato que el pago de la prima se haga a aquélla.

Tampoco apreciamos caducidad de las primas del seguro, siguiendo al respecto la STS de 9 de diciembre de 2015 (recurso 11/2014 ) que dice lo siguiente: "El art. 15.2 LCS regula los efectos del impago de una prima sucesiva, no el plazo para su reclamación. El plazo de seis meses previsto en el art. 15.2 LCS para la reclamación de las primas adeudadas, lo es para evitar el efecto legal de la extinción del contrato de seguro. Este plazo no puede interpretarse, como hace el juzgado de primera instancia siguiendo el parecer de un sector muy relevante de la doctrina, como un plazo de caducidad, cuyo transcurso impida la posterior reclamación de aquellas primas.

Es el art. 23 LCS el que regula los plazos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, entre ellas la reclamación de las primas adeudadas: dos años si se trata de un seguro de daños y cinco si el seguro es de personas".

De modo que en atención a la fecha en que se dio por vencido el contrato y en la que tuvo lugar la reclamación monitoria, no puede apreciarse la caducidad alegada.

Sí creemos que asiste la razón a la apelante en lo atinente a los intereses remuneratorios, respecto de los que interesa sean declaradas nulas, teniéndose por no puestas, las cláusulas 5 y 6 del contrato.

No cabe duda que la condición relativa al interés remuneratorio (precio del contrato) debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato y que, por tanto, no cabe el control del precio.

Los intereses remuneratorios forman parte del precio establecido en el contrato de préstamo o de crédito y por tanto su fijación se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, no siendo posible el control de su eventual abusividad.

Pero sí podemos analizar el control de **transparencia**, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

Por tanto, el precio no es revisable por el tribunal, ya que la fijación de los elementos básicos del contrato queda sometida al libre acuerdo de las partes, pues la autonomía de la voluntad es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, cosa diferente es que el precio ha de quedar fijado de forma clara y precisa que permita al consumidor representarse de una manera adecuada el coste real del objeto del contrato

La operación concertada entre las partes no supone sino la concesión de crédito con un límite máximo, haciendo las disposiciones a requerimiento del acreditado.



Consta únicamente la "solicitud de crédito" en la que figura el importe de las mensualidades de pago, y abajo la siguiente mención: "T.A.E. desde 10,95% (T.I.N anual: 10,44 %) hasta 24,51 % (T.I.N anual: 22,12%) en función del importe dispuesto y del plazo de amortización. Ver condiciones generales cláusula nº 5".

En la condición general quinta del contrato se indica que el tipo de interés a aplicarse variará en función del saldo pendiente de la línea de crédito, existiendo 3 tramos: 1- Para saldos pendientes de hasta 6.000 euros se aplicará un T.I.N. anual del 22,12%. 2- Para saldos pendientes superiores a 6.000 euros e inferiores o iguales a 9.000 euros, el T.I.N. anual será del 15,76% 3- Para saldos pendientes superiores a 9.000 euros el T.I.N. anual será del 10,44%. El coste del crédito comprende los intereses devengados por el capital utilizado. El tipo de interés podrá ser revisado de conformidad con lo expresado en la condición 12. La T.A.E. oscilará entre el 24,51% y el 10,95% dependiendo del importe dispuesto de la línea de crédito y del plazo de amortización, incluyéndose una tabla relativa al T.A.E.

Creemos que no se cumple un umbral mínimo de **transparencia**, por cuanto un elemento esencial del contrato cual es el precio se incluye en un clausulado ciertamente extenso, con una letra de muy pequeño tamaño que dificulta su lectura, sin que conste información alguna relativa al conocimiento por los consumidores del coste asumido en el contrato (particularmente gravoso) y, en consecuencia, con evidente déficit en el conocimiento de un elemento esencial del contrato, lo que conduce a la declaración de nulidad de las cláusulas y a su consiguiente inaplicación.

Como se dice en el recurso de apelación, su redacción no resulta comprensible para cualquier ciudadano medio, lo que conlleva que el consumidor no sepa qué tipo de interés está contratando ni por tanto el coste real del crédito, fijándose un TAE que oscila entre el 24,51% y el 10,95% en función del importe dispuesto y del plazo de amortización, y que además puede ser objeto de revisión conforme a la cláusula 12 del contrato, oscuridad que afecta de igual modo a la fijación de las cuotas, como es de ver en los recibos cuyo importe varía: 36, 48, 57, 76, 95 euros.

Igual confusión y falta de claridad apreciamos en la cláusula sexta referente al cálculo de los intereses.

Como venimos diciendo, en el reverso se contienen las condiciones generales, en las que aun cuando se hace mención al TIN según el tramo, a continuación se refiere al TAE señalando el máximo (24,51%) y mínimo (10,95%), precisando que en cada caso estará en función del importe dispuesto y plazo de amortización, lo que se ha de conectar con la cláusula (sexta) relativa a su cálculo o liquidación diaria compuesta por una fórmula matemática que se muestra de difícil comprensión para un consumidor medio, sin que la información que suministra permita obtener un conocimiento real y completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato, déficit de claridad y **transparencia** que no permiten al consumidor adherente determinar cómo juega el cálculo del interés y por tanto el de las cuotas sucesivas.

Por tanto dichas cláusulas no cumplen las exigencias precisas en tanto que no suministran al contratante la información precisa, y de manera clara y destacada, de un elemento esencial y determinante del contrato cual es la fijación del interés, lo que en el caso de autos aparece confundido entre las numerosas cláusulas, que además y como hemos indicado más arriba, son de muy difícil lectura.

Tales condiciones generales no pasan el doble control de **transparencia** que, en el ámbito de los consumidores y usuarios, como en este caso, ha impuesto una ya consolidada jurisprudencia, ni el control de incorporación o inclusión (parámetro abstracto gramatical o documental), ni mucho menos el control de **transparencia** propiamente dicho o cualificado (de comprensibilidad real), lo que ha imposibilitado al consumidor, en este caso, a la apelante Doña Cecilia, hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tales cláusulas le supondría, lo que le habría permitido también una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

Esta deficiente información ha de conllevar que se declare la nulidad de las indicadas cláusulas 5 y 6 recogidas en el contrato, teniéndolas por no puestas y siendo inoponibles para la apelante, conforme al Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, por lo que no será procedente reclamar cantidad alguna a la demandada en concepto de intereses remuneratorios.

Así la SAP de Alicante de 26 de julio de 2016 (recurso 330/16) dice: "Ahora bien, también en este motivo se denuncia que las cláusulas relativas al interés aplicable, además de no estar firmadas, como se acaba de exponer, están redactadas en términos que impiden su plena comprensión por el demandado, cuestión que sí puede y debe ser objeto de control por los tribunales. En supuesto idéntico al que nos ocupa, la sentencia de la sección 8ª de esta Audiencia Provincial dictada el 23 de julio de 2015, resalta que "la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13) establece que "la exigencia de **transparencia** de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal



y gramatical" (ap. 71), sino que "esa exigencia debe entenderse de manera extensiva" (ap. 72)". Del examen del contrato - documento nº 1- lo que se constata es que en la cláusula sobre "coste del crédito" -cláusula 5ª- y sobre "cálculo de los intereses" -cláusula 6ª- tiene como efecto el que el préstamo personal lo sea a interés variable, que se describe en su modalidad TIN y TAE, siendo el parámetro que determina la variabilidad no el mercado, como en el caso de los hipotecarios, sino saldo pendiente de la "línea de crédito", es decir, el importe dispuesto, estableciéndose en la cláusula 5ª hasta tres tramos distintos en atención a aquél criterio, destinándose la cláusula 6ª a albergar una fórmula matemática  $(I - (A \times i \times do) + ? n (Dn \times i \times d1) - ? (Rr \times I \times d2) - (P \times I \times d3) n=0 r=0)$  que sólo al experto le permite calcular el interés diario que devenga el crédito conforme a la ratio de la cláusula en cuestión".

Pues bien, tal y como se concluyó en esa sentencia, tales términos son difícilmente comprensibles, y por tanto, no puede exigirse al demandado el pago de esos intereses respecto de cuyo importe y cálculo no se le ofreció, antes de la firma del contrato, una información comprensible, por lo que de la cantidad reclamada inicialmente habrá de deducirse lo pedido por este concepto".

Añadir tan solo, a título dialéctico, que el interés remuneratorio incluso entraría en la categoría de usurario, pues la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2.015 consideró incurso en la Ley para la Represión de la Usura un interés del 24,6 % TAE, siendo así que el que se prevé en la condición quinta del contrato que analizamos es un TAE del 24,51% esto es, prácticamente idéntico.

En nuestro caso el contrato se celebra en el mes de octubre de 2010, año en que el interés legal del dinero era de un 4 %. Por su parte y según la página web del Banco de España, los tipos de interés activos aplicados por las entidades de crédito en los créditos al consumo en operaciones entre 1 y 5 años se elevaba en octubre de 2010 al 7,91 %, y la TAE (tasa media ponderada de todos los plazos) en igual fecha era del 7,83%.

Procede, por tanto, acoger en parte el recurso, declarando la nulidad de las cláusulas 5 y 6 del contrato, lo que conlleva la improcedencia de reclamar suma alguna a la demandada por intereses remuneratorios, lo que ha de tenerse en cuenta en la necesaria liquidación que haya de practicarse, sin que veamos posible por ello en este momento concretar la cantidad que haya de ser abonada por la apelante, por lo que no podemos acceder a la petición realizada a tal objeto en el recurso con carácter subsidiario, tratándose en todo caso, como así se decía en el auto denegatorio de la aclaración, de una simple operación aritmética.

**TERCERO.-** No procede hacer especial imposición de las costas del recurso de apelación, al ser estimado parcialmente ( artículo 398 de la LEC ).

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

SE **ESTIMA EN PARTE** el recurso de apelación planteado por la Procuradora Doña Nereida García Vilar, en nombre y representación de DOÑA Cecilia .

Se confirma la sentencia de instancia en todos sus extremos, salvo que procede excluir de la condena los intereses remuneratorios, al declararse la nulidad, teniéndolas por no puestas, de las cláusulas 5 y 6 recogidas en el contrato.

Y sin efectuar una expresa imposición de las costas de la alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J , si se hubiera constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Así por esta mi sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronuncio, mando y firmo.