



Roj: **SAP AL 1266/2016 - ECLI:ES:APAL:2016:1266**

Id Cendoj: **04013370012016100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2016**

Nº de Recurso: **586/2015**

Nº de Resolución: **224/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA

AVDA. REINA REGENTE S/N

Tlf.: 950-03-72-92. Fax: 950-00-50-22

N.I.G. 0407942C20130002335

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 586/2015

Asunto: 100679/2015

Autos de: Procedimiento Ordinario 499/2013

Juzgado de origen: JUZGADO MIXTO Nº1 DE ROQUETAS DE MAR

Negociado: C5

Apelante: Eugenia y Aquilino

Procurador: ESPERANZA HURTADO MARIN

Abogado: MARIA DOLORES RUBIO MARTÍN

Apelado: MERCANTIL SANTANDER CONSUMER, E.F.C., S.A.

Procurador: MARIA DEL MAR GÁZQUEZ ALCOBA

Abogado: MANUEL SÁNCHEZ BERENGUEL

SENTENCIA Nº 224/16

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE

MAGISTRADOS:

D. JUAN ANTONIO LOZANO LÓPEZ

D. ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ

=====

En Almería, a catorce de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación el rollo número 586/2015, procedente de los autos de Juicio Ordinario del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Roquetas de Mar, seguidos con el número 499/2013.



Es parte apelante D^a Eugenia y D. Aquilino , representados por la Procuradora D^a ESPERANZA HURTADO MARÍN y asistidos por letrado D^a MARÍA DOLORES RUBIO MARTÍN.

Es parte apelada SANTANDER CONSUMER EFC SA, representada por la Procuradora D^a MARÍA DEL MAR GÁZQUEZ ALCOBA y asistida por letrado D. MANUEL SÁNCHEZ BERENGUEL.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN ANTONIO LOZANO LÓPEZ, que expresa la opinión de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Ante el Decanato de los Juzgados de Roquetas de Mar, a 30 de abril de 2013, la representación procesal de Santander Consumer EFC SA presentó demanda contra D. Aquilino y D^a Eugenia , en solicitud de que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada al pago de 6490,34 €, más intereses moratorios y costas.

2.- Se afirmaba en la demanda que concedió a los demandados un préstamo a 17 de mayo de 2007 para la adquisición de un vehículo por importe nominal de 14358,86 €. La demandada dejó de pagar las cuotas de diciembre de 2012, y enero a abril de 2013, por lo que, en previsión del pacto de vencimiento anticipado previsto en el contrato, declaró vencido el crédito, y reclamaba 705,75 € de cuotas vencidas más 5808,49 € de capital vencido.

3.- Se aportaba la siguiente documentación. 1 a 4. contrato de financiación; 5. autorización de cargo; 6. certificado de saldo deudor.

4.- Consta contestación a la demanda a 3 de diciembre de 2013 considerando el préstamo abusivo y usurario.

5.- Seguido el procedimiento por sus trámites, la Ilma. Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Roquetas de Mar dictó Sentencia 62/2014, de 31 de marzo , con el siguiente fallo: Que ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta en nombre y representación de SANTANDER CONSUMER FINANCE EFC, S.A, debo condenar y condeno a D. Aquilino y D^a Eugenia a abonar, conjunta y solidariamente a la actora, la cantidad de 6.490,34 euros más los intereses legales previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.

6.- El fallo se fundaba en los siguientes motivos. 1. El contrato de autos es de adhesión, pero esto no implica necesariamente que sus cláusulas sean abusivas; 2. las **comisiones de apertura**, estudio, seguro de vida y a los intereses por aplazamiento, son cláusulas que aparecen claramente definidas en el contrato, no consta error, y no producen desequilibrio importante; 3. sí lo es la cláusula de intereses de demora al 24 % anual, según jurisprudencia aplicable; 4. En cuanto a las alegaciones de pago total, son genéricas y no impiden observar el hecho del impago.

7.- Notificada la anterior resolución a los demandados, mediante escrito de 28 de mayo de 2008 presentó recurso de apelación. Alegaba error en la interpretación de la legislación aplicable.

8.- Con traslado a la parte demandada, que no impugnó el recurso, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y no habiéndose solicitado prueba ni estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló día para deliberación y votación al pasado día 31, quedando el Rollo de Sala pendiente de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La apelante se conforma con la declaración de **abusiva** de la cláusula de intereses moratorios, y recurre la desestimación del grueso de sus alegaciones, referidas a intereses remuneratorios y gastos repercutidos, todo invocando error en la interpretación del art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , a cuyo tenor, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El problema planteado se circunscribe a la aplicación de esta norma al objeto principal del contrato, en concreto, intereses remuneratorios, entendido como la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26-13, OTP Jelzálogbank Zrt).

2.- La posibilidad de declarar abusivas cláusulas principales o esenciales ha sido tratada por la jurisprudencia con ocasión de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. En cuanto al enjuiciamiento de esta cláusula,



se refiere al objeto principal del contrato, y así lo indica la STS 241/2013, de 19 de mayo . Sobre el particular, la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, de protección al consumidor, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ya previó que la cuestión de las cláusulas abusivas no afectan al objeto principal del contrato, y así resulta, no sólo de su articulado, sino de la más clara expresión en sus considerandos: "Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato (...). Semejante declaración de intenciones se plasma en el art. 4 de la Directiva. Ahora bien, la Ley interna, la Ley 7/1998, de 13 abril , de condiciones generales de la contratación, no recoge esta precisión, por lo que parece que en Derecho español es posible el control de abuso sobre el precio.

3.- El Tribunal Supremo planteó, por este motivo, con ocasión de otra polémica referida a los intereses (cláusula de redondeo al alza), cuestión prejudicial, dando lugar a la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (asunto Caja Madrid, C-484/08). El tribunal manifestó que, "(...) por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 , al ordenamiento interno" (considerando 41), y que (...) "no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" (considerando 40).

4.- Y culmina: "en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible" (considerando 42). Para fallar: "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 93/13 según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

5.- El tribunal Supremo ha admitido este control en la STS 222/2015 de 29 abril , que establece: (a) hay un doble control de transparencia. (b) consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental, y otro parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

6.- Y (c), como consecuencia, hay una conexión entre transparencia y juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

7.- Por tanto, se incluye en el enjuiciamiento de la cláusula principal, un control de contenido definido por la transparencia subjetiva como un control de incorporación, entendido como comprensibilidad. La STJUE de 23 de abril de 2015, Asunto Van Hove C-96/14 , dice que deben entenderse como esenciales las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Estas cláusulas deben estar correctamente incorporadas al contrato, de forma que el consumidor debe saber, por información del prestamista, las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, así como la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el cual debe devolver el préstamo y en qué condiciones económicas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.



8.- Sólo desde esta perspectiva, superado el control de incorporación, se habilita el control de contenido, entendido como control de abuso. La jurisprudencia comunitaria lo define entorno al concepto de «desequilibrio importante». Este puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. El carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (STJUE de 16 de enero de 2014, asunto Menéndez Álvarez, C-226/2012).

9.- Aplicando estos criterios a este caso, hay que decir que, ciertamente, hay un volumen considerable de intereses remuneratorios. De un principal de 8410,26 € se pagan intereses por importe de 4.916,32 €. Ahora bien, es en estos datos en lo que se detiene la apelante, pero tiene que ir más allá y no quedarse sólo en la desproporción aparente. En el presente caso, el precio no lo marca el dato en sí de la comparativa entre principal y volumen de intereses, sino el tipo de interés a plazo. Y respecto del primero, se da la circunstancia de que no es especialmente alto, más aún, puede calificarse de usual o habitual. Puede considerarse usual en las operaciones como las que nos ocupa de financiación de vehículos a motor, donde hay referencias legales (art. 10 de la Ley 28/1998, de 13 julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles). Es del 7,7235, TAE al 8,5032. Con los tipos de interés al 5 % al momento en que se concertó este contrato, un tipo del 7 % no puede ser considerado desproporcionado, dado que, cuando se ha hecho, se ha tenido en cuenta situaciones de clara y llamativa desproporción (por ejemplo, al 24 % en la STS 628/2015, de 25 de noviembre).

10.- Las razones de la desproporción, que, como se ha dicho, no se encuentran en el precio en sí, sino en el resultado matemático, hay que buscarlas en un elemento que está expresamente previsto en el contrato y del que los mismos contratantes no pueden escapar, porque de ellos depende y lo aceptaron expresamente, hasta el punto de que no lo discuten en contestación, y es en el plazo. El plazo es de 120 mensualidades, esto es, diez años, plazo en exceso largo que generará cada año unos intereses, aplicando la conocida fórmula algebraica, de unos 630 € cada año, siendo así que en realidad a los actores le están aplicando 491,63 € ($491,63 * 10$). Y el plazo depende de la voluntad del deudor, hasta el punto de que están establecidos en su interés (art. 1127 Cc). Esto explica que la cuota fija del préstamo es en realidad muy baja, de 141,15 € al mes, pero a 10 años, por lo que los demandados prestatarios se expusieron en su propio riesgo, riesgo que no pueden trasladar al prestamista.

11.- A distinta conclusión hay que llegar en lo que respecta a las **comisiones**, sobre lo que esta Sala viene diciendo (S. de 23 de febrero de 2016, Rollo 280/2015, entre otras) lo que sigue. Con respecto de la **comisión de apertura** y estudio, resulta de aplicación la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Según la norma tercera, las **comisiones** y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse **comisiones** o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Consecuentemente, no podrán exigirse **comisiones de apertura** o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta. Del mismo modo, tampoco podrán aplicarse **comisiones de cambio** en los adeudos o abonos en cuentas de pesetas convertibles cuando no exista cambio a moneda distinta de la peseta, ni realizar en las operaciones en moneda extranjera (divisas o billetes) conversiones artificiales o innecesarias a través de peseta u otra moneda, aunque sí podrá repercutirse el coste del servicio administrativo de tramitación y comunicación al Banco de España anejo a tales operaciones, o de otros servicios que sean necesarios para su realización. Es lo que se denomina principio de efectividad de la **comisión**.

12.- Sí está prevista esta **comisión** en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable al préstamo de autos por razones temporales. Se define y exige de la siguiente manera: **Comisión de apertura**.-Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única **comisión**, que se denominará y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. En los demás supuestos, se exige la acreditación de las actividades de estudio (AP Asturias -Sección 4ª- 561/1998 de 10 noviembre, y Santa Cruz de Tenerife -Sección 3ª- sentencia núm. 377/2013 de 29 noviembre), lo que en este caso no consta.

13.- Con respecto de los cargos por seguro, es posible la contratación de seguros si están justificados en cuanto al riesgo que se aseguran. Por eso, la orden de 1994, para préstamos hipotecarios, acepta primas



de seguro de vida y de daños de la vivienda. El principio de efectividad del cargo de seguro se encuentra también en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Se admiten seguros que tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre y cuando la entidad imponga la contratación de dicho seguro como condición para conceder el préstamo o crédito. En este caso no se ha aportado documentación alguna que justifique el motivo de la contratación y su justa repercusión, ni consta que se le haya informado al cliente de los motivos de la existencia del seguro y su repercusión. En consecuencia, constando que estos conceptos se incluyeron en el cuadro de amortización, procede su supresión.

14.- Por tanto, procede la estimación parcial del recurso, sin que hay lugar a imposición de costas (art. 398 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Que **con ESTIMACIÓN del recurso de apelación** deducido contra la Sentencia 62/2014, de 31 de marzo, dictada por la Ilma. Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Roquetas de Mar en autos 499/2013 del que deriva la presente alzada,

1.- REVOCAMOS la expresada resolución, en el sentido de fijar el principal reclamado en 5468,06 €, manteniendo el resto de pronunciamientos.

2.- Sin imposición de costas en esta instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra esta sentencia, que es firme, no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.