



Roj: **SAP PO 1192/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1192**

Id Cendoj: **36038370032015100152**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **17/06/2015**

Nº de Recurso: **122/2015**

Nº de Resolución: **172/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00172/2015**

**SENTENCIA Nº: 172/2015**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO J. GUTIÉRREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

**D. JAIME ESAIN MANRESA.**

**D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.**

En la ciudad de PONTEVEDRA, a diecisiete de junio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000549/2013, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de MARIN**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION-E (LECN) 0000122/2015**, en los que aparece como parte apelante, D. Emilio, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, asistido por la Letrada D<sup>a</sup>. ANA ISABEL CAEIRO GONZALEZ, y como parte apelada, "NCG BANCO SA", representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE PORTELA LEIROS, asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. EVA AGUILERA CHOUZA, D<sup>a</sup>. Fidela, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. ANA ISABEL CAEIRO GONZALEZ y "ALUMINIOS FREIRE, S.L.", en situación de rebeldía procesal, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO** .- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de MARIN, se dictó sentencia de fecha 20 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por el Procurador D. José Portela Leirós, en nombre y representación de NCG BANCO S.A., debo condenar y condeno a ALUMINIOS FREIRE S.L., en situación de rebeldía procesal, y D. Emilio y D<sup>a</sup>. Fidela a que abonen a la parte demandante la cantidad de CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NUEVE EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (41.609,72).

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

**SEGUNDO** .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley



de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO**.- Se impugna la resolución de la instancia por la representación del codemandado Sr. Emilio , reiterando los argumentos y razones en su día esgrimidos al contestar relativos: por un lado, a la abusividad de los intereses moratorios pactados y al alcance de los mismos, entendiendo que no se acordó nada al respecto y, por otro, a la pluspetición, la que deriva de la apreciación de las anteriores razones, planteamientos que sostiene en base a una errónea valoración de la normativa de **consumidores** y jurisprudencia europea y nacional "ad hoc" y del contenido contractual documentado en autos. A tales razones impugnatorias se opone la contraparte actora al evacuar el traslado a tal fin dado a la misma en la instancia.

**SEGUNDO**.- La revisión de las cuestiones que suscita el recurso que nos ocupa ha de llevarnos a su desestimación. En primer lugar, destacar que obvia el recurrente el entrar a argumentar contra la efectiva razón de desestimación de la pretendida "abusividad" de los intereses moratorios pactados (18% Cláusula 6ª), la ajenidad e inaplicabilidad al Sr. Emilio y a la Sra. Fidela (codemandados) de la normativa de **consumidores** en la que se intenta amparar y sostener este planteamiento, limitándose a reproducir, literalmente, los Hechos 3º y 4º de su contestación. Tal disposición y desarrollo impugnatorio por sí mismo resulta inócuo y conlleva el necesario perecimiento de esta razón impugnatoria. En todo caso, partiendo del indudable acierto de lo decidido en la instancia y conviniendo en la imposibilidad de aplicación de la normativa de **consumidores** a los particulares codemandados, por las palmarias razones recogidas en la resolución recurrida, hemos de abundar en las mismas recordando que el concepto o noción de **consumidor** no se corresponde con un criterio subjetivo en relación a la actividad personal o profesional habitual del particular sino que se define en razón de la posición que venga a ostentar en la relación contractual o vínculo al que se refiere la controversia, de acuerdo con la naturaleza de aquélla y la causa o finalidad de la contratación, la que ha de ser con destino o finalidad de Consumo privado para que pueda calificarse al contratante o adquirente de **consumidor**. En este caso resulta palmario que los particulares codemandados intervinieron como fiadores solidarios (C. 16ª) de un Préstamo Hipotecario concertado con Aluminios Freire SL como prestaría principal con destino a " *INVERSIONES DE EMPRESAS* " (Expositivo II pfo. 1º f. 7 vuelto), lo que desdice y enerva la condición de **consumidores** de los codemandados ( Auto AP Baleares S. 3-VI-13 y SAP. PO de 14-X-14).

**TERCERO**.- En un segundo argumento impugnatorio se defiende la inexistencia de una cláusula o pacto de intereses moratorios expresamente acordada para el período posterior al vencimiento anticipado del préstamo. También ha de rechazarse el argumento porque la simple lectura del contenido de la Cláusula 6ª INTERESES DE DEMORA en sus apartados a) y b) desdice y contradice ello, al contemplar el primero, el tipo del 18% para los impagos anteriores al vencimiento; explicitando el segundo (b): "El mismo interés devengará el principal pendiente de vencimiento en caso de reclamación judicial hasta la cancelación del préstamo", no pasando de un mero ejercicio dialéctico las interpretaciones sobre el alcance de su redacción.

**CUARTO**.- En un último argumento (Motivo Cuarto) se reitera la razón de PLUSPETICIÓN, explicándola y relacionándola con las anteriores de tal modo que habiendo sido rechazadas aquéllas, se carece de base o razón que pueda sostener tal excepción, debiendo por tanto confirmarse también la decisión desestimatoria respecto de la misma alcanzada en la instancia.

**QUINTO**.- De todo lo anterior se sigue la consecuente desestimación de la apelación deducida con la consiguiente imposición al apelante de las costas derivadas en esta alzada ( Art. 398 LEC /00). No mediando depósito por el reconocimiento a asistencia jurídica gratuita (Auto 27-I-2015) nada cabe acordar al respecto.

**SEXTO**.- Habiéndose dado traslado a las partes acerca de la existencia de un Procedimiento Concursal el Nº 263/12, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pontevedra, donde a 11-XII-2012 se dictó Auto de Declaración de Concurso Voluntario de la deudora Aluminios Freire SL, aquí codemandada, publicado en el BOE de 30-I-13, esto es, antes de la Presentación de la Demanda de P. Ordinario que nos ocupa, de 5-XII-13, e incluso de la del procedimiento P. Monitorio Nº 433/13, de 8-X-13, en el que por Auto de 26-XI-2013 ya se acordó de conformidad con el Art. 50 L. Concursal su inadmisión a trámite, resulta llano que en su momento no debió tampoco haberse admitido a trámite la acción dirigida contra la SL referida. Debíó la parte haberse dirigido al Juez Concursal a hacer valer allí sus pretensiones económicas frente a la misma, y así entendemos hubo de hacerlo al no objetar nada al traslado acordado, tal y como se acordó en el Auto de 11-XII-12 que remitió a los Acreedores, en aplicación de lo prevenido respecto del Concursado (Art. 21 L. Concursal) al ser



éste el adecuado cauce de reconocimiento de créditos a efectos de la Masa Pasiva, Arts. 85 y ss. de la norma concursal. Ha de darse lugar al archivo y nulidad de todo lo actuado en este P. Ordinario, tal y como establece el Art. 50 L. Concursal, sin perjuicio de los derechos que puedan subsistir a la entidad financiera demandante por mor de la ulterior decisión de Conclusión de la liquidación y Extinción de la SL, dada en el Auto de 25-III-2014 publicado en el BOE de 19-IV-2014, posterior a la demanda aquí formulada (4-XII-13) e incluso al Decreto, muy ulterior, que la admitió a trámite (17-I-2014). No procede hacer declaración sobre costas visto que se ha propiciado la tramitación y no se personó la SL ( Arts. 398 y 394 LEC /00).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

#### **FALLO:**

Debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Apelación deducido por la representación de D. Emilio , contra la Sentencia de fecha 20-X-2014 dada en el P. Ordinario N° 549/13 seguido ante el J. de 1ª Instancia nº 1 de Marín (ROLLO N° 122/15) confirmando la misma en lo decidido frente a aquellos recurrentes.

Asimismo debemos declarar y declaraos la Nulidad de todo lo actuado en relación a las acciones acumuladas deducidas en este mismo procedimiento por NCG Banco SA frente a la mercantil Aluminios Freire SL, acordando el archivo y la falta de validez de lo tramitado desde el momento de admisión a trámite de la demanda (Diligencia de Ordenación de 17-I-2014).

Se imponen las costas de la apelación deducida al apelante y no se hace declaración respecto de las atinentes a la pretensión dirigida frente a Aluminios Freire SL.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrán las partes legitimadas optar por interponer el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal o el Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días, contados desde el día siguiente a su notificación, conforme disponen los Arts. 466 y ss y la Disposición Final 16ª LEC /00.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, 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.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Notifíquese asimismo esta resolución al/los apelado/s rebelde/s, según dispone el artículo 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos