



Roj: **SAP PO 1186/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1186**

Id Cendoj: **36057370062015100261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **09/06/2015**

Nº de Recurso: **286/2014**

Nº de Resolución: **265/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JULIO CESAR PICATOSTE BOBILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00265/2015 **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 PONTEVEDRA**

N00050

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0009056

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000286 /2014**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000525 /2013

Recurrente: Celia

Procurador: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO

Abogado: MARTA PEREZ-CASTIÑEIRA SANCHEZ

Recurrido: YORK GLOBAL FINANCE 53 SARL

Procurador: SILVIA MALAGON LOYO

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente; D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO y D. JULIO PICATOSTE BOBILLO, han pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

#### **SENTENCIA núm. 265/15**

En Vigo, a nueve de junio de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de juicio ORDINARIO número 525/13, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 286/14, en los que es parte **apelante** -demandada: D. Celia , representada por el Procurador D. Mª ROSA MARQUINA TESOURO y asistido del letrado D. MARTA PÉREZ-CASTIÑEIRA SÁNCHEZ; y, **apelada** - demandante: YORK GLOBAL FINANCE 53 S.A.R.L, representado por el procurador D. SILVIA MALAGÓN LOYO.

Ha sido Ponente el Ilmo. Magistrado **D. JULIO PICATOSTE BOBILLO** , quien expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Vigo, con fecha 25 de febrero de 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por YORK GLOBAL FINANCE 53 SARL frente Celia DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a la actora la cantidad de 9.356,17 euros más los intereses de demora pactados en la póliza de préstamo desde la fecha de reclamación en el procedimiento monitorio del que trae causa el presente, así como al pago de las costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de D. Celia , se formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 04/06/15.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La demandante, York Global Finance 53 SARL, reclama de la demandada el pago de 9.356,17 euros debidos por razón de préstamo personal -suscrito el 28 de febrero de 2008- que a la demandada hizo el BBVA del que la actora ha sido cesionaria. La demanda fue íntegramente estimada y contra ella recurre la demandada.

La primera solicitud es la de declaración de nulidad por inadmisión de prueba. No cabe tal petición basada en que fue denegada prueba en primera instancia. Para los casos de denegación indebida de prueba, la LEC arbitra un cauce procesal específico en el art. 460-2-1ª de la LEC , por el que ya hemos resuelto en su momento denegando la prueba propuesta en auto de 22 de julio de 2014. No hay, por tanto, nada que decidir o añadir en cuanto a la mencionada petición de nulidad del proceso con retroacción de las actuaciones.

**SEGUNDO.-** Frente a la reclamación dineraria de la entidad actora, la demandada, doña Celia , alega de nuevo, como hizo en primera instancia, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario toda vez que se trata de préstamo que fue hecho conjuntamente a ella y a su marido. Pero es evidente que no ha sido así, que los prestatarios, marido y mujer, se han obligado solidariamente frente al banco, por lo que la invocación de la exigencia litisconsorcial es de todo punto improcedente. En el párrafo segundo de la cláusula decimoséptima de la póliza se dice que tanto el Banco como los prestatarios, estos últimos solidariamente entre sí, y en su caso el o los fiadores, "aceptan el presente contrato, recibiendo un ejemplar del mismo....".

La solidaridad, por consiguiente, permite que la acción sea ejercitada por el importe total de la deuda contra uno solo de los deudores ( art.1144 CC ).

**TERCERO.-** La apelante sostiene también el carácter abusivo de la cláusula que establece el interés moratorio. Se trata de un préstamo personal a **consumidor** sin garantía real, por importe de 10.500 euros, formalizado en póliza de 28 de febrero de 2008, en la que se estipuló un interés remuneratorio del 9,50% y un interés de demora del 20%. A la fecha del préstamo el interés legal estaba en un 5,50%.

En este punto debemos acudir a la doctrina y criterio establecidos en la STS de 22 de abril de 2015 . En ella se examinaba también un supuesto de préstamo personal en el que se invocaba la nulidad por abusivo del interés moratorio que superaba en diez puntos el remuneratorio pactado. Tras recordar que "la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los **consumidores** es un principio esencial del ordenamiento jurídico ( artículo 169 TFUE ), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos", pone de relieve que para que "una cláusula de un contrato concertado con un **consumidor** pueda considerarse "no negociada" y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que « 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 ». Ahora bien, la misma resolución advierte, al mismo tiempo, que "el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado , en su párrafo 19. (...) y que se pruebe cumplidamente



la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto **consumidor** obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario."

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que "regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (...) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del **consumidor** con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario. De ahí que sea "admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un **consumidor** establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del **consumidor** (que en ningún caso serán los derivados del ejercicio de la acción judicial, como afirma el recurrente, puesto que esos daños resultan resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusiva, que sea una indemnización « desproporcionadamente alta »."

Advierte la STS que citamos que su objeto "se ciñe a la abusividad del interés de demora en los préstamos personales puesto que los préstamos hipotecarios tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos" (vid. art. 144 LH).

Según el Alto Tribunal, "es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato ( art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios )."

Para comprobar si una cláusula es abusiva, siguiendo la propia doctrina del TJUE, "deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al **consumidor** en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los **consumidores** y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos ( STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz , párrafos 68 y 74)." Según criterio del TJUE "el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el **consumidor**, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual ( STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11, caso Mohamed Aziz , párrafo 69)." Por ello, lo que corresponde es "hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un **consumidor** que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo."

El TS examina en esta sentencia los criterios legales adoptados en nuestro ordenamiento nacional para la determinación de intereses por mora: art. 1108 del Código Civil , art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo , párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria , art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro , art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y, por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

A la vista de este repertorio de disposiciones, la sentencia el Tribunal Supremo extrae como conclusión o enseñanza que "en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto...".

La Sala 1ª del Tribunal Supremo termina por estimar que "el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más



idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con **consumidores**, que no suponga la imposición de una indemnización alta al **consumidor** que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia."

La sentencia, en suma, termina por concluir y fijar como doctrina jurisprudencial "que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con **consumidores**, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado."

Añade a lo dicho que "la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad." En consecuencia, la apreciación de la abusividad del interés de demora "no debe ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada."

**CUARTO.-** En el supuesto que enjuiciamos el interés de demora (20%) estipulado en la póliza de préstamo suscrita originariamente con el BBVA es superior en 10,5 puntos al remuneratorio pactado en el contrato (9,5 %) y en 14,5 puntos el legal a la fecha del contrato (5,50%). Estamos, pues, en la situación a que la citada sentencia del Tribunal Supremo se refiere, por lo que procede declarar la abusividad de la cláusula del interés de demora y consiguiente nulidad, con los efectos que el propio tribunal dice en relación con la inaplicación de reducción conservadora alguna de la cláusula que fija el interés moratorio, teniendo en cuenta que "es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada."

**QUINTO.-** Dada la estimación parcial de la demanda no se hace condena en cuanto a las costas de la primera instancia (art. 394)

El art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "en el caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes". En consecuencia, al haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, se está en el caso de no hacer condena en cuanto a las costas de esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

## FALLAMOS

Que, al acoger el recurso de apelación interpuesto por Celia debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos de juicio Ordinario núm. 525/2013, del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Vigo y, en consecuencia, estimamos solo en parte la demanda formulada por YORK GLOBAL FINANCE 53 S.A.R.L contra la apelante, por lo que declaramos la nulidad de la cláusula que fija el interés de demora, a la que se priva de todo valor sin que pueda producir efecto alguno, sin perjuicio de que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.

No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el



plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución. No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ