

## SENTENCIA

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

Magistrados:

D<sup>a</sup> MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

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

En Santa Cruz de Tenerife, a veinticinco de marzo de dos mil catorce.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario num. 1.354/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Santa Cruz de Tenerife, promovidos por la entidad mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por el Procurador D. Alejandro Frutos Obón Rodríguez, y asistido por el Letrado D. Manuel Coello Batista, contra D. Esteban; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez D<sup>a</sup> Gabriela Reverón González, dictó sentencia el 20 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: " Que estimando en parte la demanda promovida por el Procuradora de los Tribunales D. Alejandro Frutos Obón Rodríguez, en nombre y representación de la mercantil Banco Bilbao Argentaria, S.A., defendida por el letrado D. Manuel Coello Batista contra D. Esteban, incomparecido en autos y declarado en situación procesal de rebeldía, debo condenar y condeno al demandado al pago a la actora de la cantidad de diez mil ciento un euros con veintiocho céntimos de principal, con más el interés legal del art 576 de la LEC EDL 2000/77463 ; cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. "

**SEGUNDO.**- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

**TERCERO.**- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, personándose oportunamente la parte apelante por medio del Procurador D. Alejandro Obón Rodríguez, bajo la dirección del Letrado D. Manuel Coello Batista; señalándose para votación y fallo el día diecinueve de marzo del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ, Magistrada de esta Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRInMERO.**- La sentencia dictada en la precedente instancia, que estima en parte la demanda y condena al demandado, D. Esteban, en situación procesal de rebeldía, a abonar a la parte actora, la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., la cantidad de 10.101,28 euros, más el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , sin expresa imposición de costas a las partes, ha sido recurrida

en apelación por la mencionada actora, quien pretende su revocación y la estimación íntegra de la demanda por ella interpuesta. Como alegaciones del recurso, aduce básicamente la inadecuada valoración de la prueba documental, única practicada a raíz de la mencionada situación de rebeldía; discrepa de la consideración de la juzgadora de la instancia de la abusividad de los intereses pactados, tanto del remuneratorio - al 11,25% anual- como del moratorio -20% anual indicando las razones en las que sustenta esta alegación, además de poner de manifiesto que el órgano "a quo" sólo ha tenido en cuenta, al fijar el importe del principal objeto de condena, la cantidad correspondiente al cierre de una de las dos pólizas objeto de autos, omitiendo lo relativo a la segunda disposición, que arrojaba un saldo deudor, por todos los conceptos, de 2.634,35 euros, sin que, al menos, se haya incluido en la cuantía objeto de condena el principal de esta última disposición, habiéndose omitido también la partida de gastos reclamada en la demanda.

**SEGUNDO.-** La revisión de lo actuado conduce al parcial éxito del recurso.

I. Conviene señalar, en primer lugar, que tiene razón la parte apelante cuando pone de manifiesto el error que advierte con relación a la cuantía objeto de condena fijada en la sentencia apelada, pues el principal a cuyo pago condena al demandado se encuentra constituido por el saldo deudor por tal concepto resultante de las dos órdenes de disposición realizadas por el último, la primera por importe de 10.101,28 euros y la segunda de 2.019,27 euros (en uno y otro caso, conforme a las liquidaciones de cuenta aportadas como documento num. 3 de la demanda), procediendo, por consiguiente, la corrección del expresado error en esta alzada, por tratarse en ambos casos de cantidades cuyo pago incumbía al demandado en virtud de la relación contractual de préstamo concertada con la entidad actora, habiendo acreditado esta última el incumplimiento por aquél de esa obligación.

II. Debe igualmente prosperar la pretensión relativa a la cantidad reclamada en concepto de intereses remuneratorios, que constituyen el precio del contrato, ya que el criterio aplicado en la sentencia apelada se aparta del establecido por esta Sección 3ª, entre otras, en la sentencia de 29 de noviembre de 2013, num. 377/2013, que establece: "Por lo que respecta a los intereses remuneratorios, como es sabido, obedecen y tiene su origen en la naturaleza bilateral del contrato de préstamo, 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 ", indicando igualmente la de 10 de diciembre de 2013, num. 401/2013, que: "En relación al interés remuneratorio, debe revocarse el pronunciamiento que aprecia su abusividad, en primer lugar, porque no cabe apreciar tal carácter en una cláusula que conforma el objeto del contrato, pues en tal sentido se mantiene la doctrina que recoge la sentencia del Tribunal Supremo 09 de mayo del 2013 (ROJ: STS 1916/2013), en la que se analiza la Directiva 93/13 y concretamente su art 4.2 -"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"- y que considera que "En este contexto, la literalidad de

Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC EDL 1889/1 y 315 del CCom EDL 1885/1 )-, sino a si son

"descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". Concluyéndose que respecto de las cláusulas que describen

y definen el objeto principal del contrato, como regla no cabe el control de su equilibrio, sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Indiscutiblemente la cláusula que fija el tipo pactado del interés remuneratorio de un préstamo, es decir el precio del préstamo, debe ser considerada como condición que define el objeto del contrato lo que determina su exclusión sobre el control de su equilibrio a fin de examinar su abusividad.

En el presente caso, el pacto de intereses y sus efectos está debidamente determinado en el contrato y reflejado en la tabla de amortización.

En segundo lugar, lo cierto es que, en todo caso, el interés remuneratorio, que se pacta al 12% en febrero del año 2008 cuando el interés legal del dinero estaba al 5,50%, por una deuda ya generada y reconocida que se aplaza al deudor, tampoco parece desorbitada ni desproporcionada"; en el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de junio de 2012, num. 406/2012, señala que "el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores, principalmente referida a la ley general de defensa de consumidores y usuarios, ya en su versión original, de 19 de julio de 1984, o actual en su texto refundido, Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 , como a ley de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

En parecidos términos, aunque cada normativa en su contexto, también hay que señalar que la aplicación de estos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios, o a su proyección respecto de la libertad del pacto de tipos de interés ya que su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia. Que el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores, principalmente referida a la ley general de defensa de consumidores y usuarios, ya en su versión original, de 19 de julio de 1984, o actual en su texto refundido, Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 , como a ley de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril de 1998, no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

En parecidos términos, aunque cada normativa en su contexto, también hay que señalar que la aplicación de estos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios, o a su proyección respecto de la libertad del pacto de tipos de interés ya que su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia".

Siguiendo el criterio que se acaba de exponer, y pactado en este supuesto, en el contrato suscrito en el año 2008 (Contrato Marco de Operaciones de Préstamo - Préstamo Inmediato PIDE-, de 14 de julio de 2008, que dio lugar a las dos órdenes de disposición de las que dimanaban la cantidad total reclamada en la demanda), un interés remuneratorio del 11,25% (TAE 11,83% y 11,84%, en una y otra orden de disposición), con la única garantía personal del prestatario, no cabe reputarlo inadecuado, elevado o desproporcionado ni, menos aún, usurario, procediendo, en consecuencia, condenar al demandado al pago de la cantidad reclamada en tal concepto.

III.- Distinta suerte ha de correr la pretensión revocatoria de la apelante concerniente a los intereses de demora pactados -del 20% anual-, considerados abusivos en la

sentencia recurrida, calificación que ha de mantenerse en esta alzada. Así, con carácter previo, debe ponerse de manifiesto la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (recogida, entre otras, en la sentencia de 14 de junio de 2012 -asunto num. C-618/2010-, con base en la Directiva 93/13, cuya finalidad última es garantizar la protección de los consumidores), que establece la necesidad del control de oficio por el juez nacional del posible carácter abusivo de las cláusulas indemnizatorias contenidas en los contratos celebrados con consumidores tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, sin que, por consiguiente, pueda supeditarse el análisis de aquellas cláusulas al hecho de que el consumidor situación procesal de rebeldía del demandado no obsta para llevar a cabo el expresado análisis. Así, este último ha de llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y tomando en especial consideración tanto la propia naturaleza y finalidad de los intereses moratorios (tendientes a disuadir del incumplimiento o a sancionar éste si se produjera, como indemnización al acreedor por la pérdida de beneficio sufrido debido a ese incumplimiento), como la existencia o no de un grave desequilibrio o desproporción entre el tipo de interés remuneratorio contractualmente estipulado -como se ha dicho, del 11,25% anual (TAE 11,83% y 11,84%)- y el tipo establecido para los intereses moratorios -20% anual-.

En el presente supuesto, el último porcentaje que se acaba de referir se considera desproporcionado, por superar en más de 8 puntos el fijado para los intereses ordinarios o remuneratorios, habiendo sido ya fijados éstos en atención a las concretas circunstancias concurrentes en el prestatario, sin que tampoco se ajuste la mencionada puntuación a los parámetros habitualmente utilizados en nuestro ordenamiento jurídico para otros supuestos de mora del deudor, como pueden ser los que se establecen anualmente en la Ley de Presupuestos (por ejemplo, suele añadirse un punto o un punto y medio sobre el tipo de interés legal), los procesales del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (para las deudas judicialmente declaradas, se fijan dos puntos por encima del interés legal o del convencional), el que se señala para las entidades aseguradoras en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 y el artículo 9 Ley de Responsabilidad Civil EDL 1968/1241 y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor razones sancionadoras, el 20%) y, por último, el dispuesto para operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre EDL 2004/184272 , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en defecto de pacto, la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales). La consecuencia de reputar abusiva la cláusula que establece el interés moratorio es su nulidad de pleno derecho, debiéndose tener por no puesta ( artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo y 14 de junio de 2012), manteniéndose la validez del contrato en lo restante.

IV. Tampoco puede tener favorable acogida la pretensión sobre los gastos que se reclaman en la demanda sobre la base de lo pactado en el inciso final del último párrafo de la condición general cuarta (relativa a intereses ordinarios y moratorios), del tenor literal siguiente: "En el caso de que el Banco reclame cantidades vencidas y no satisfechas, percibirá, sin perjuicio de las costas y gastos judiciales que pudieran producirse en su caso, para compensar los gastos de gestión de regularización, un importe fijo de 30 euros, que se cobrará una sola vez por cada rúbrica (nueva posición deudora vencida), siempre que la reclamación se haya producido efectivamente, en el momento de su devengo o en la primera liquidación de las posiciones deudoras".

En efecto, declarada la abusividad y consiguiente nulidad de pleno derecho de la cláusula relativa a los intereses moratorios -que se tendrá por no puesta-, el mismo carácter ha de atribuirse respecto de los indicados gastos, recogidos -como se ha dicho- en la condición relativa a intereses, gastos que se vienen a añadir al porcentaje estipulado para el caso de mora del deudor y que se refieren a una actividad de "gestión de regularización" que no se ha demostrado haya tenido efectivamente lugar, máxime cuando en la condición general quinta ya se imputan al prestatario, entre otros, los gastos de cualquier clase originados por la comunicación de las obligaciones resultantes de este contrato (de la documentación aportada con la demanda se constata que hubo una primera comunicación de la deuda relativa a la primera de las órdenes de disposición, que fue debidamente entregada a su destinatario, el hoy demandado, el día 22 de noviembre de 2011, y una segunda comunicación remitida al mismo domicilio el 13 de abril de 2012, referida a la reclamación de la deuda resultante de la segunda orden de disposición, que no pudo ya ser entregada por ser desconocido en esas señas, al parecer por haber dejado de residir el demandado en dicho domicilio), observándose además, de la liquidación de la cuenta concerniente a esa segunda orden de disposición, que el importe fijo de 30 euros se comenzó a aplicar desde la fecha del primero de los impagos, muy anterior -31 de julio de 2010- a la de la segunda de las comunicaciones mencionadas. En este sentido, mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, de 17 de octubre de 2013, num. 390/2013: "Siguiendo las consideraciones, al respecto, recogidas en la sentencia número 302/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 13/05/2011, " según criterio sentado por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre: "la comisión por reclamación de posiciones deudoras constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que:

- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).

- Es única en la reclamación de un mismo saldo. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación.

- Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales." Por otra parte, ha de ser tenido en cuenta que el Art. 85.7 RDLeg 1/2007 atribuye la cualidad de abusiva a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones".

En el presente caso reexaminado, el clausulado predispuesto por la actora supone el pago del abusivo interés moratorio (del 24'00 %) Y, además, una comisión fija por posición deudora de 30 Eur., y si bien solamente se reclama por este concepto la suma de 36 Eur. por cada una de las nueve habidas, la actora no ha mostrado actuación alguna que justifique su cobro, por lo que es de aplicar la doctrina sentada por la sap Burgos, SEC 2ª, num. 144/2010, De 30 Mar.

2010, que entiende abusiva por suponer una indemnización desproporcionada la comisión de la clase que estudiamos si incrementa el interés de demora con una cantidad por cuota impagada significativa en relación a ella (en el presente caso por cada cuota de 59'58 Eur. se aplica la suma de 18 Eur. ya señalada, lo que supone añadir al interés por mora más de un 30%)".

**TERCERO.**- Con base en lo que antecede, procede la parcial estimación del recurso, y la consiguiente revocación en igual forma de La sentencia apelada en el sentido de fijar como cantidad objeto de condena la de 13.881,55 euros (correspondientes a 12.120,55 euros de principal -10.101,28 + 2.019,27- y 1.761 euros de intereses ordinarios o remuneratorios -1.456,48 + 304,52-), confirmándose el resto de pronunciamientos no afectados por esta revocación, como son tanto el atinente a las costas procesales como el relativo a los intereses De la mora procesal, regulados en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y expresamente recogidos en el fallo de la mencionada sentencia, pronunciamiento sobre el que nada en concreto se alega en el recurso, todo ello en atención a las

Concretas circunstancias que sustentan la aludida revocación parcial y al contenido de ésta, como con detalle se indica en el precedente fundamento de derecho (apartado 2 del citado artículo 576).

**CUARTO.**- Estimado en parte el recurso, no ha lugar a hacer expresa imposición de las costas de esta (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

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

#### **FALLO**

1º. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2º. Revocamos parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de fijar como cantidad objeto de condena la de 13.881,55 euros,

Confirmando el resto de los pronunciamientos no afectados por esta revocación.

3º. No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según lo dispuesto en la

Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPE.  
EDL 1985/8754, si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casación al (Art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final Decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de esta, para su ejecución y cumplimiento, 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 el/la Ilmo./a Sr./Sra.

Magistrado/a Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-