



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

AUTO: 00083/2016

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36042 41 1 2015 0000030

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2016

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de PONTEAREAS

Procedimiento de origen: EJECUCION DE TITULOS NO JUDICIALES 0000003 /2015

Recurrente: xxxxx

Procurador: MARIA CRISTINA LOPEZ BOTANA

Abogado: MANUEL IGLESIAS FERNANDEZ

Recurrido: NOVAGALICIA BANCO, xxxx

Procurador: MARIA JESUS TOUCEDO GUISANDE, MARIA CRISTINA LOPEZ BOTANA

Abogado: BEGOÑA ROBLES FERRERAS, MANUEL IGLESIAS FERNANDEZ

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 128/16

Asunto: Ejecución Títulos No Judiciales

Número: 3/15

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ponteareas

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

DÑA. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

EL SIGUIENTE

AUTO NÚM.83

En Pontevedra, seis de abril de dos mil dieciséis.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 128/16, dimanante de los autos de ejecución de títulos no judiciales incoados con el núm. 3/15 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ponteareas, siendo apelante la parte demandada/ejecutada **D. B.G.E.**, representado por la procuradora Sra. López Botana y asistido por el letrado Sr. Iglesias Fernández, y apelada la parte demandante/ejecutante **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.**, representada por la procuradora Sra. Toucedo Guisande y asistida por la letrada Sra. Robles Ferreras. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. Manuel Almenar Belenguer.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15 de octubre de 2015 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ponteareas, en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales de los que deriva el presente rollo de apelación, Auto que, literalmente copiado, decía:

"DISPONGO: Desestimar la oposición formulada por D. R.G.S. contra la ejecución despachada a instancia de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. con imposición de las costas de este incidente de oposición a dicho ejecutado.

Estimar parcialmente la oposición formulada por D. B.G.E. con la ejecución despachada a instancia de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. en el sentido de apreciar la abusividad de la cláusula relativa a la limitación de los tipos de interés (cláusula suelo), excluyendo su aplicación en el presente proceso, con aplicación del interés remuneratorio que hubiera resultado aplicable sin el recurso a dicha cláusula en el momento de vencimiento anticipado y liquidación y solo respecto de los intereses remuneratorios no satisfechos. Se desestiman los demás motivos de oposición. No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas.

Requírase a la ejecutante a que proceda en el plazo de cinco días a la presentación de nueva liquidación de la deuda ajustada a los términos de este pronunciamiento."

SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación del codemandado de ejecución D. B.G.E. se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2015 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte la correspondiente resolución por la que, revocando el auto recurrido, se estimen los motivos de oposición a la ejecución, con imposición de costas a los que se opongan.

TERCERO.- Dado traslado del recurso a la parte ejecutante, por su representación se presentó con fecha 1 de febrero de 2016 escrito por el que se opuso a la apelación formulada de adverso, interesando la confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte contraria, tras lo cual con fecha 11 de febrero de 2016 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al Magistrado Sr. Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso los siguientes:

1º Mediante póliza de crédito en cuenta corriente a interés variable de fecha 3 de febrero de 2012, identificada con el nº 550-5056-15.800-4 e intervenida por el notario de Ponteareas Sr. xxx, la entidad Novagalicia Banco, S.A., abrió una línea de crédito a la sociedad "Lelut Ponteareas, S.L., hasta un límite máximo de 30.000 euros, con vencimiento en fecha 28 de febrero de 2013, a un interés nominal inicial del 6,40%, revisable trimestralmente conforme a las variaciones del Euribor incrementado en 3,950 puntos porcentuales, con un interés remuneratorio mínimo del 5,00%, pactándose un interés de demora resultante de incrementar el interés remuneratorio en 20 p.p. (cfr. la póliza de crédito aportada con la demanda -folios 10 y ss.-).

2º En la mencionada póliza se contenía la siguiente cláusula:

"12ª.- EJECUCIÓN: A los efectos de iniciar la ejecución judicial, acuerdan las partes que la cantidad exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la Entidad en la forma convenida por las partes en este contrato, lo que se acreditará mediante certificación expedida por la misma..."

3º En garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato intervinieron, como fiadores solidarios, Dña. S.G.D. y D. R.G.S., titulares de "Lelut Ponteareas, S.L." y, además, la primera, administradora única de dicha entidad, así como Dña. D.M.S.G. y D. B.G.E., padres de D. R.G.S.(cfr. la diligencia extendida por el Notario que intervino la póliza -folio 19-).

4º Llegado el vencimiento pactado, ni la sociedad prestataria ni los fiadores hicieron frente al crédito dispuesto, por lo que, 27 de noviembre de 2014, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, que arrojaba un saldo deudor a favor de la entidad de 46.585,38 euros (cfr. la certificación expedida por la entidad en relación con el extracto de movimientos de la cuenta corriente -folios 18 y ss.- y con el acta de fijación del saldo extendida por el notario con residencia en A Coruña Sr. xx en fecha 4 de diciembre de 2014 -folios 14 y ss.-).

5º Mediante burofax remitidos el 2 de diciembre de 2014 a la sociedad prestataria y a los fiadores, la entidad de crédito se dirigió a los deudores para notificarles el saldo pendiente y requerirles de pago, si bien únicamente se pudieron entregar dichos requerimientos a los fiadores, al

haber desaparecido la empresa del domicilio inicialmente fijado (cfr. las certificaciones del Servicio de Correos - folios 32 y ss.-).

6º Con fecha 9 de enero de 2015, la entidad Abanca Corporación Bancaria, S.A. (sucesora de NCG Banco, S.A.), presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales contra Dña. S.G.D., D. R.G.S., Dña. D.M.M.S.C. y D. B.G.E., en reclamación de 46.585,38 euros de principal, más 13.975,61 euros que se calcularon provisionalmente para intereses y costas.

7º La referida demanda dio lugar a la incoación por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ponteareas del procedimiento de ejecución ordinaria núm. 3/15, en el que por Auto de 13 de marzo de 2015 se despachó ejecución por las sumas interesadas contra "Lelut Ponteareas, S.A.", Dña. S.G.D., D. R.G.S., Dña. D.M.S.C. y D. B.G.E., si bien con ocasión del requerimiento se constató que la sociedad "Lelut Ponteraeas, S.L." había sido declarada en concurso y Dña. D. había fallecido.

8º Con fecha 14 de abril de 2015, D. B.G.E. ingresó en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad de 30.000 euros, que se entregaron a la demandante de ejecución en concepto de principal.

9º Asimismo, mediante sendos escritos presentados el 14 de abril de 2014, D. R.G.S. y D. B.G.E. se opusieron a la ejecución alegando la nulidad por abusivas de varias de las cláusulas incluidas en la póliza de crédito: el primero interesó la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios, y el segundo la cláusula que contenía el pacto de liquidez, la cláusula "suelo" y la cláusula de intereses moratorios.

10º Por Auto de 15 de octubre de 2014, el Juzgado "a quo" analizó las cláusulas impugnadas y, tras rechazar el carácter abusivo de las referidas al pacto de liquidez -por entender que cumplía los requisitos exigidos en los arts. 572.2 y 573 LEC-, al vencimiento anticipado -dado que no consta pago alguno desde el cierre de la cuenta-, y a los intereses de demora -ya que el préstamo estaba destinado a financiar una actividad empresarial, lo que privaba a la parte ejecutada de la condición de consumidor y, en consecuencia, de la protección prevista en la normativa de consumo-, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo con base en la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013, desestimando así la oposición planteada por D. R. y estimando parcialmente la deducida por D. B., en el sentido de ordenar seguir adelante la ejecución, previo recálculo por la entidad financiera de la cantidad reclamada excluyendo la aplicación de la cláusula suelo.

Disconforme con esta resolución, el codemandado/ejecutado D. B.G.E. interpone recurso de apelación, que articula sobre tres motivos: primero, error en la valoración de la prueba al no aplicar al recurrente la condición de consumidor, cuando su intervención en el contrato fue la de mero avalista, derivada de la relación parental que unía al recurrente y a su esposa



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Dña. D. con D. R. y que vino impuesta por la entidad bancaria como exigencia para conceder el crédito, sin que ni el recurrente ni su esposa tuvieran relación alguna con la empresa "Lelut Pontearreas, S.L.", ni como administrador ni como socios ni como trabajador o partícipe en los beneficios; segundo, como consecuencia del motivo anterior, se denuncia error en la aplicación del derecho, al no haber aplicado la normativa de protección del consumidor, que determinaría la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses de demora, en tanto que superan en más de tres veces el interés remuneratorio y, en todo caso, resultan desproporcionados y atentan contra la prohibición del abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo previstos en el art. 7 CC; y, tercero, se insiste en el carácter abusivo de la cláusula que contiene el pacto de liquidez (aunque en ocasiones el recurrente alude al vencimiento anticipado se refiere en realidad al pacto de liquidez), al no recoger cuál es la forma pactada por las partes para practicar la liquidación, lo que impide al Juzgador examinar si se ha practicado conforme a lo acordado.

SEGUNDO.- La condición de consumidor del avalista recurrente.

La primera cuestión a resolver gira en torno a la condición en la que el recurrente D. B.G.E. intervino en la relación contractual, consumidor o empresario, como presupuesto de aplicación de la normativa sobre control de transparencia y de contenido, invocadas como fundamento de la petición de nulidad de las cláusulas sobre el pacto de liquidez y de intereses de demora.

El concepto de consumidor en la normativa vigente en España, a los efectos que ahora ocupan, se encuentra recogido en el art. 3 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. Allí se expresa que *"a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"*.

El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014 de 7 de marzo, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: *"Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"*.

El matiz supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias, principalmente la Directiva 93/13

(también en otras, como las Directivas 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, la 97/7 sobre contratos a distancia, o la 99/44 sobre ventas de consumo), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

La diferencia entre el concepto comunitario y el asumido por el vigente Texto Refundido, de un lado, y el empleado por la legislación anterior (y mantenido todavía en algún texto internacional, como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980), resulta evidente, al despojarse la definición del elemento finalista referido a la consideración del consumidor como destinatario final del producto o servicio objeto del contrato. Las normas internacionales sobre unificación del Derecho privado en proyecto contienen definiciones similares a la recogida en nuestro Derecho positivo vigente.

Con todo, la interpretación del concepto no está exenta de dificultades y de incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.

De entrada, la jurisprudencia del TJUE, recaída en interpretación del mismo concepto utilizado en otras normas comunitarias, utiliza un criterio de interpretación que puede calificarse como restrictivo y del que es paradigma la sentencia dictada en el caso Gruber (C-464/01, de 20 de enero de 2005) o también la sentencia recaída en el asunto Di Pinto (14 de marzo de 1991), en el asunto Dietzinger (17 de marzo de 1998) o la sentencia Benincasa (3 de julio de 1997), en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término, en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado.

Además, debe hacerse notar que la Exposición de Motivos del vigente texto refundido sigue haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios, cuando expresa en su apartado III que *"el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros"*.

La Sala no desconoce ni el valor interpretativo general de los preámbulos legislativos ni, por supuesto, el valor vinculante y la aplicación preferente de la normativa y jurisprudencia comunitarias. Pero nos parece que el concepto empleado en el vigente texto refundido, básicamente coincidente con el comunitario, obliga a incluir supuestos en el concepto de consumidor que quedarían excluidos en una interpretación estricta de la anterior normativa.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Así, por ejemplo, con relación a la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2014 (Ponente Sr. Pérez Benitez) ya apuntó:

"(...) la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional (la norma comunitaria para más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado "una actividad") resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final.

El arrendamiento de un bien a terceros, como señala la sentencia recurrida, supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1. De esta manera, no existen obstáculos en la jurisprudencia, -tampoco en la comunitaria, como sucedió en la sentencia Hamilton, de 10.4.2008, en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la Sra. Hamilton, que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; también el asunto Schulte, de 25.10.2005)-, para considerar consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor, por lo que entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio."

Y la misma sentencia concluía: "Del mismo modo, el préstamo hipotecario vinculado a la adquisición de dicho bien permitirá considerar al prestatario como consumidor, a efectos de aplicación de la normativa sectorial."

Esta línea interpretativa ha sido corroborada en la reciente sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, caso Costea vs. SC Volksbank România, en la que, tras recordar la doctrina sentada en la sentencia Di Pinto (C 361/89, EU:C:1991:118, apartado 15), reitera:

"26 En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en

particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia.

27 En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Šiba, C 537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

28 Por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia.

29 En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito.

30 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete."

Esta misma línea se reitera en las sentencias de esta Sección 1ª de fecha 16 de febrero de 2016 y de 30 de marzo de 2016, que reiteran la necesidad de poner la finalidad de la operación contractual con la actividad habitual del interesado, a los efectos de valorar la condición en la que actúa.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El debate surge cuando en el negocio jurídico o contrato, frente al empresario o profesional que asume la posición que podríamos denominar "fuerte" o "dominante", intervienen varias personas, alguna de las cuales participa en el normal desarrollo de su actividad profesional o empresarial, mientras que otra u otras son ajenas a la operación, al menos desde la perspectiva de su profesión o desempeño laboral.

Tradicionalmente, esta Sala había venido entendiendo, de acuerdo con el criterio unánime de las demás Audiencias Provinciales, que es necesario atender a la naturaleza y características del contrato principal celebrado entre las partes en relación con la actividad empresarial o profesional de la mismas, de manera que, si tiene por objeto o está relacionado con la actividad habitual de quien actúa como titular de la relación jurídica base del negocio, su carácter se extiende al resto de los posibles intervinientes, tanto en el caso de nos hallemos ante un único negocio contractual como si se trata de una relación jurídica accesoria.

De esta manera, en el caso de un préstamo o crédito destinado a financiar la adquisición de mercancía o el pago de servicios, o, en general, el circulante, de una empresa, la relación se enmarca en el seno de la actividad empresarial de la misma, aunque junto a la propia sociedad aparezcan como prestatarias terceras personas, que pueden ser administradores, socios o aún terceros ajenos, que no podrán invocar esa ajenidad para desvirtuar el carácter empresarial o profesional de la operación respecto de ellos, dado que una misma operación no puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes. La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligacional en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio.

Hasta ahora, el mismo razonamiento se aplicaba también cuando no estábamos ante un único contrato, por ejemplo de préstamo con varios prestatarios, sino ante dos contratos, uno accesorio de otro. Más concretamente, en el caso del contrato de fianza o aval, con respecto a los cuales se consideraba que seguían a la operación principal, de forma que, si el contrato base se celebraba entre empresarios o profesionales, la fianza o aval seguía igual suerte, aunque el fiador o avalista fuera ajeno a la actividad en el marco de la cual se celebró el negocio jurídico.

Sin embargo, el reciente Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C-74/15, caso Dumitru Tarcău y Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros (ECLI:EU:C:2015:772), con ocasión de dar respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de apelación de Oradea, Rumanía), introduce matices de relevancia a la hora de abordar esta última cuestión.

El TJUE se plantea si los arts. 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva puede aplicarse a un contrato de

garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad.

En otras palabras, si en tales casos el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como "consumidor", a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva.

Tras recordar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (véanse las sentencias *Asbeek Brusse* y *de Man Garabito*, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, así como *Šiba*, C 537/13, EU:C:2015:14, apartado 21), como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva, el TJUE señala que dicha "protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar" (apartado 25 del Auto).

Acto seguido, el Tribunal explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, C 45/96, EU:C:1998:111 (dictada en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto "ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza." (apartado 26).

Se trata, pues, de evaluar según un criterio funcional si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

Con esta base, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que "los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad".

Llegado este punto, la discusión se traslada a determinar si, al constituirse en garante de la ejecución de las obligaciones de la mercantil "Lelut Ponteraeas, S.L." -que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil-, D. B.G.E. actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudiera mantener con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si, por el contrario, actuó con fines de carácter privado.

Pues bien, la prueba permite constatar, primero, que D. B. intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre NCG Banco, S.A., de un lado, y la entidad "Lelut Ponteraeas, S.L.", de otro lado; segundo, que los socios de esta última sociedad eran Dña. S.G.D. y D. R.G.S.; tercero, que Dña. S. era además administradora única de la citada mercantil; cuarto, que D. B. no tenía participación en "Lelut Ponteraeas, S.L.", ni consta que mantuviese relación laboral con la misma; quinto, que D. B. era funcionario (cfr. las menciones realizadas por el notario Sr. xxx, que intervino en la formalización de la póliza de crédito -folio 9-); y, sexto, que Dña. D. y D. B. eran los progenitores de D. R. (extremo no discutido, al margen de la coincidencia de los apellidos).

Si el fiador D. B. trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o exsuegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses.

En consecuencia, D. B. actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal.

TERCERO.- El pacto de liquidez vinculado al ejercicio de la acción ejecutiva.

Una vez afirmada la condición de consumidor respecto del recurrente, el paso siguiente es determinar si, en aplicación de la normativa de consumo, las cláusulas cuestionadas (pacto de liquidez e intereses de demora) pueden ser calificadas como abusivas.

El conocido como pacto de liquidez, de honda tradición en el sector bancario patrio, al punto de que la realidad

práctica muestra que en las pólizas de préstamo en las que se prevé la devolución mediante cuotas periódicas se incluye de forma generalizada, viene expresamente previsto en el art. 572.2 y en el art. 695.1.2ª LEC, sin que su licitud en abstracto plantee dudas, habiendo motivado diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que se ha limitado a recalcar la necesidad de acompañar los cálculos y operaciones que arrojen como resultado la cantidad que se reclama, a fin de posibilitar el debido control judicial.

Para facilitar la defensa del ejecutado frente a la liquidación unilateral realizada de contrario por la entidad financiera, así como posibilitar la supervisión judicial, es por lo que el art. 573 LEC obliga a aportar los documentos que consigna.

Obligación que ha reiterado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de septiembre de 2014, la cual, tras analizar la cláusula que prevé la emisión de un efecto cambiario como garantía que el acreedor puede ejecutar si considera que el deudor ha incumplido aquella, completando el efecto cambiario con el importe al que, según su liquidación de la operación, asciende la deuda del consumidor, insiste en la necesidad de que se aporte la documentación acreditativa de los elementos de hecho y de derecho que permitan al juez efectuar ese control de la corrección de la liquidación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha admitido la validez de la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, si bien con ciertos matices. Así, en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), el Tribunal declaró que *"teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si -y, en su caso, en qué medida- la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa"* (apartado 75).

En la legislación española, el consumidor tiene dos vías a su alcance para cuestionar esta cláusula o la aplicación que se hace de la misma, esto es, puede alegar el carácter abusivo de la cláusula como motivo de oposición a la ejecución (art. 695.1.4ª LEC) o invocar la existencia de errores en las operaciones de liquidación que incidan en la cantidad exigible (art. 695.1.2ª LEC).

En el supuesto enjuiciado, el recurrente tacha la cláusula de abusiva porque su redacción y aplicación no permite calcular qué importe se debía en el momento de ejercitar la acción de ejecución, sin que tampoco se expresen las operaciones que arrojan como resultado la cantidad reclamada.

El motivo no puede ser acogido porque el estudio de la póliza de préstamo y del extracto de movimientos revela, primero, que la cuenta se apertura con un límite de crédito de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

30.000 euros, de los que el mismo día 3 de febrero de 2012 se dispusieron 29.309,08 euros; y, segundo, que se estipuló un interés ordinario a tipo variable por trimestres, al 6,40% el primer período (T.A.E. 8,08%) y al tipo del Euribor más 3,950 p.p. los siguientes períodos, con vencimiento a 13 meses y 5 cuotas de intereses; y, tercero, que se pactó un interés de demora consistente en el interés remuneratorio más 20 puntos porcentuales.

Por otro lado, la fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios tampoco suscita duda alguna. Se expresa en la cláusula tercera de la póliza de manera clara y transparente, sin perjuicio de que entrañe operaciones aritméticas perfectamente explicitadas (cfr. folio 11):

"1.- El saldo deudor devengará a favor de la entidad intereses día por día, que se liquidarán agrupados por períodos coincidentes con los mencionados en el recuadro 16 (trimestre vencido). El pago se efectuará, sin requerimiento previo, el especificado en el mismo recuadro, acumulándose al capital dispuesto mediante su adeudo en cuenta.

Los intereses correspondientes a la porción del período... se pagarán en la fecha especificada en el recuadro 15 (31-05-2012), los correspondientes a la porción período correspondiente a la fecha del vencimiento, se pagarán en ésta.

2.- El cálculo de intereses se efectuará multiplicando cada uno de los sucesivos saldos deudores diarios del período de liquidación por el tipo de interés nominal diario correspondiente al período, sumando los productos y dividiendo el resultado por cien.

El tipo porcentual nominal diario para cada período de liquidación se determinará dividiendo el tipo de interés nominal anual por 360.

3.- Para determinar el tipo de interés nominal anual, el plazo total del crédito se dividirá en períodos de interés sucesivos, de la duración indicada en el recuadro 17, salvo el primero, que comprenderá desde el día de la fecha hasta el día indicado en el recuadro 18 (31-05-2012) y el último, que se cerrará el día de vencimiento del crédito. El tipo de interés nominal anual aplicable en cada período será el mayor de los dos siguientes, el señalado en el recuadro 23 (5.0000) ó el que resulte de sumar al <tipo de referencia principal> (recuadro 19 -Euribor a 3 meses-) que corresponda al período, los puntos porcentuales de margen que se relacionan el recuadro 20 (3.9500). Cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del <tipo de referencia principal> que se menciona el recuadro 19, se tomará, mientras subsista la imposibilidad, el <tipo de referencia sustitutivo> que figura en el recuadro 21 (deuda pública), sumándole los puntos porcentuales de margen que figuran en el recuadro 22, con sujeción, en todo caso, al límite mínimo a la variación del tipo de interés aplicable referido con anterioridad..."

Tampoco se aprecia error en la liquidación practicada, puesto que se relacionan todos los movimientos, ingresos y cargos, por trimestres, calculando los intereses correspondientes en función del tipo pactado y sumando los intereses de demora en los casos en que se excedía el límite contratado, por lo que, aun prescindiendo del acta levantada

por el fedatario público, la revisión de los cálculos por la Sala arroja el mismo resultado.

CUARTO.- Análisis de la cláusula por la que se fija el interés de demora en el interés nominal pactado, incrementado en 20 puntos porcentuales.

El examen de la póliza de crédito permite constatar que se fijó un interés de demora calculado sobre la adición al interés remuneratorio de 20 puntos porcentuales (cfr. las condiciones específicas -folio 10 vto.-), indicándose que el *"mismo interés devengará el saldo deudor de la cuenta una vez resuelto el contrato y cualquier obligación pecuniaria vencida y no pagada derivada del mismo, a cuyo efecto se entenderán capitalizados desde su vencimiento los intereses no satisfechos, cualquiera que sea su índole"* (cfr. la cláusula 4ª -folio 11 vto.-).

En primer lugar, el hecho de que la cláusula figure en un contrato evidencia que ha sido conocida y aceptada (en otro caso estaríamos hablando de falta de consentimiento, constitutivo de nulidad radical del contrato por falta de un elemento esencial o, en su caso, de un acto delictivo). Lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el art. 82 TRLCU no exige que la cláusula forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a *"una pluralidad de contratos"*.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Podría discutirse si es necesario que el consumidor asuma la iniciativa o, al menos, a adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas *"no negociadas individualmente"*.

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "[E]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Afirmado, pues, que estamos ante una cláusula contractual no negociada individualmente, procede analizar si dicha cláusula ha ocasionado, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato.

El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, establece que "[L]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Y el art. 4 del mismo texto concreta que "el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

Sobre lo que deba entenderse por "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 señaló que "deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, 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. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas" (apartado 68).

Asimismo, el citado Tribunal ha interpretado la expresión "pese a las exigencias de la buena fe", atendiendo al decimosexto considerando de la Directiva, en el sentido de que "el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual" (apartado 69 de la misma sentencia).

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el

ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora que "a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, 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".

Para analizar si la cláusula discutida causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar cuáles son las previsiones legales en materia de intereses de demora en los distintos ámbitos de contratación, incluido el financiero, cuando una de las partes no cumple o demora el cumplimiento de sus obligaciones, y, segundo, ponderar el concreto tipo de interés fijado en el contrato, en relación con el interés legal y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para valorar su adecuación para lograr el fin buscado, que no es otro que incentivar el cumplimiento debido de las prestaciones asumidas en los contratos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la regla general en los contratos viene prevista en el art. 1108 del Código Civil, con arreglo al cual la indemnización de daños y perjuicios por mora consiste, a falta de pacto entre las partes, en el interés legal del dinero, cuya evolución en los últimos veinte años, en relación con el interés fijado en el área tributaria y en el campo de las operaciones comerciales revela:

Interés legal	I. Demora Tributario	I. Demora Comercial
1995	9%	11%
1996	9%	11%
1997	7,50%	9,50%
1998	5,50%	7,50%
1999	4,25%	5,50%
2000	4,25%	5,50%
2001	5,50%	6,50%
2002	4,25%	5,50%
2003	4,25%	5,50%
semestre)		
2004	3,75%	4,75%
semestre)		
2005	4%	5%
semestre)		
2006	4%	5%
semestre)		
2007	5%	6,25%
semestre)		



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2008 semestre)	5,50%	7%	11,20%-11,07%	(1/2
2009 (31/3) semestre)	5,50%	7%	9,50%	(1º
2009 (01/4)	4%	5%	8,00% (2º semestre)	
2010	4%	5%	8,00% (todo el año)	
2011 semestre)	4%	5%	8,00%-8,25%	(1/2
2012	4%	5%	8,00% (todo el año)	
2013 (02-13)	4%	5%	7,75% (01/01/13 a 23-02-13)	
30/06/13)			8,75% (24/02/13 a 30/06/13)	
2014	4%	5%	8,50% (2º semestre)	
2015	3,50%	4,375%	8,25%	
			8,05%	

En otras palabras, el interés legal en nuestro país ha oscilado en la última década entre el 3,50% y el 5,50%, manteniéndose en el 4% entre los años 2010 y 2014, mientras el tipo de interés de demora tributario en el mismo período se ha movido entre el 4,375% y el 7%, permaneciendo invariable en el 5% desde 2010 hasta 2014.

Por otra parte, el tipo del interés de demora para las operaciones comerciales entre 2006 y 2014 ha fluctuado entre el 7,75% (primeros meses de 2013) y el 11,20% (primer semestre de 2008), siendo del 11% en el primer semestre de 2011.

En otros ámbitos de contratación podemos encontrar, a título de ejemplo, los siguientes tipos de aplicación:

- en materia hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria y fijó el límite del tipo de interés de demora en el caso de préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre la propia vivienda, a tres veces el interés legal, esto es, actualmente el 11,5%;
- el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, fija un tope superior en 2,5 veces el interés legal para este tipo de operaciones;
- el art. 7 de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, suma al 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 (actualmente, 0,250%), un diferencial de 8 puntos (hasta 2013 era de 7 puntos);
- en materia de contrato de seguro, el art. 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sanciona el retraso injustificado de las compañías aseguradoras en el pago de las indemnizaciones a los perjudicados por siniestros cubiertos por los contratos de seguro que aquellas tengan suscritos, con el pago de un interés anual igual al del interés legal vigente en

el momento en que se devengue, incrementado en el 50%, si bien, transcurridos dos años desde la producción del siniestro sin que la indemnización haya sido satisfecha, el Juez no podrá imponer a la aseguradora un interés anual inferior al 20%.

- El art. 576 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

Ciertamente cada una de estas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionadamente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado.

Por otra parte, el art. 89.7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera abusiva *"la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo"* (hoy, art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo).

Y la reciente sentencia del Tribunal Supremo núm. 265/2015, de 22 de abril, estima abusivo, con relación a los préstamos al consumo, un interés de demora superior a dos puntos porcentuales sobre el remuneratorio:

"En el caso de los contratos de préstamo sin garantía real celebrados por negociación, las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado.

Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, 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, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

6.- La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe.

7.- La Sala considera 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."

En el supuesto de autos, el interés remuneratorio estipulado entre las partes en el momento de celebración del contrato y para el primer período trimestral era del 6,40%, pasando después al tipo del Euribor incrementado en 3,950 puntos.

La comparación entre los distintos tipos de interés evidencia la desproporción del tipo de demora pactado en relación con los aplicables en los distintos sectores, bien a falta de pacto, bien por expresa disposición legal: el tipo de interés moratorio estipulado excedía en la fecha en que se pactó en 22 puntos el interés legal y en más de cuatro veces el remuneratorio; asimismo, en la fecha en que se fijó, rebasaba en 21 puntos el interés de demora tributario y en 18 puntos el interés de demora señalado para las operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y la Administración; asimismo, superaba el tope máximo previsto para el interés de demora en los contratos de crédito al consumo en más de 16 puntos...

Si tenemos en cuenta, primero, que la operación estaba garantizada con la fianza de cuatro personas, dos de ellas

completamente ajenas a la operación y con ingresos y patrimonio propios, es palmario que nos hallamos ante un tipo de interés que, por su montante, resulta desproporcionado en orden a obtener la meta que legitima el pacto y que no es otra que estimular el correcto cumplimiento de la obligación de la otra parte contratante.

Alega la parte demandada para sostener la corrección del tipo de interés de demora pactado en la escritura que dicho tipo era el que en general se plasmaba en los contratos celebrados por las distintas entidades financieras en la época de que se trata. Sin embargo, aunque efectivamente es un elemento de comparación, el hecho de que la práctica fuese común o estuviese extendida no es suficiente para purgar su carácter desproporcionado, puesto de relieve por el examen de los tipos legal y contractualmente previstos en el mismo y en otros ámbitos, como se acaba de ver.

En estas condiciones, la cláusula debe estimarse abusiva por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor prestatario por el incumplimiento de sus obligaciones, integrando la prohibición establecida en el art. 82.4 TRLCU (falta de reciprocidad de las prestaciones de las partes, en tanto que nada se prevé al respecto en relación con posibles incumplimientos de la entidad contratante), en relación con el apartado 1º del Anexo al que se remite el art. 3.3 de la Directiva 93/13 y que considera abusivas las *"cláusulas que tengan por objeto o por efecto: (...) e. Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta"*.

Consecuentemente, y en aplicación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y del art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, procede declarar la nulidad de la cláusula mencionada.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula por la que se fijan intereses de demora.

Esta cuestión ha sido abordada y resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 265/2015, de 22 de abril, que viene a poner fin a las distintas soluciones adoptadas por la jurisprudencia menor, optando por aplicar el interés remuneratorio en sustitución del interés de demora que se anula, aunque en relación con los préstamos o créditos al consumo.

Más concretamente, la sentencia razona a este respecto en su fundamento de derecho sexto:

"1.- El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-

487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho positivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

5.- El recurrente alega que esta solución es contraria a lo previsto en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.bis. 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigentes cuando se celebró el contrato, que establecían la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una cláusula y su consiguiente nulidad de pleno Derecho.

El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.

6.- La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora supone la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,8% anual a 21,8% anual).

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

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.

No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado.

Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, 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..."

La línea jurisprudencial plasmada en la sentencia que se deja transcrita se ha reiterado, para los préstamos al consumo en las SSTs 469/2015 y 470/2015, de 8 y 7 de septiembre, respectivamente (ponente en ambas el Sr. Sarazá Gimena), y, respecto de los préstamos hipotecarios, en la STS 705/2015, de 23 de diciembre (ponente Sr. Vela Torres). Su aplicación al caso determina que la entidad ejecutante deberá proceder a recalcular la cantidad reclamada sustituyendo el interés de demora previsto en el contrato por el interés remuneratorio, calculado sin tener en cuenta la cláusula suelo (Euribor más 3,950 puntos).

SEXTO.- Costas procesales.

La estimación parcial del recurso, y consiguiente estimación parcial de la oposición, comporta que no se haga pronunciamiento de condena sobre las costas de primera instancia ni de esta alzada (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. B.G.E., representados por la procuradora Sra. López Botana, contra el auto dictado el 15 de octubre de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ponteareas, y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de:

1º Declarar la nulidad por abusiva de la cláusula sobre intereses de demora incluida en la póliza de crédito de 3 de febrero de 2012.

2º Ordenar que por la parte ejecutante se recalculen la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula, que será sustituida por el interés ordinario pactado (Euribor más 3.950 p.p.), teniendo en cuenta el ingreso de 30.000 euros en concepto de principal, realizado en fecha 14 de abril de 2015.

3º Practicada que sea nueva liquidación en los términos apuntados, ordenar que siga adelante la ejecución por la cantidad resultante si hubiere lugar.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Cada parte deberá abonar las costas causadas en ambas instancias, siendo las comunes por mitad.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.

