



Roj: **AAP BA 611/2017 - ECLI: ES:APBA:2017:611A**

Id Cendoj: **06083370032017200603**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **331/2017**

Nº de Resolución: **185/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

AUTO: 00185/2017

Modelo: N10300

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

-

Tfno.: 924312470 Fax: 924301046

Equipo/usuario: FAC

N.I.G. 06044 41 1 2017 0000648

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000331 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de DON BENITO

Procedimiento de origen: MON MONITORIO 0000181 /2017

Recurrente: BANCO CETELEM, S.A., BANCO CETELEM, S.A.

Procurador: MARIA JOSE DAVILA MARTIN SAUCEDA, MARIA JOSE DAVILA MARTIN SAUCEDA

Abogado: ,

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

AUTO Núm.185/2017

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA.

MAGISTRADOS:

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (Ponente)

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO

DON JESUS SOUTO HERREROS

=====

**Recurso Civil núm. 331/2017**

Autos: PROCEDIMIENTO MONITORIO núm. 181/2017.

Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Don Benito.

=====

En la ciudad de Mérida a dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de PROCEDIMIENTO MONITORIO núm. 181/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Don Benito, a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 331/2017, en el que aparecen: como parte apelante BANCO CETELEM, S.A., que ha comparecido representada en esta alzada por la procuradora Doña María José Dávila Martín- Saucedo y asistida por el letrado Don Rafael María Ruiz Castellanos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Don Benito, en los autos núm. 181/2017, se dictó auto en fecha 31 de julio de 2017 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

<<Se INADMITE la demanda por los INTERESES REMUNERATORIOS, solicitados, al DECLARARSE ABUSIVA tal cláusula y haberse de tener por nula, inaplicable y sin efecto. En su lugar se continuará devengando el interés legal del art. 576 de la LEC .

Se PROPONE como CANTIDAD A REQUERIR de pago al deudor la CANTIDAD POR PRINCIPAL, gastos e indemnizaciones de 1485,06 euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda de juicio monitorio.>>

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de BANCO CETELEM S.A.

TERCERO.- Admitido que fue el recurso por el Juzgado de Primera Instancia, no habiendo más partes personadas, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose la deliberación y fallo para el día 8 de noviembre de 2017.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña JUANA CALDERÓN MARTÍN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto recurrido declara nula y sin efecto la cláusula de intereses inserta en el contrato de préstamo concertado el 12 de agosto de 2014 entre Banco Cetelem S.A. y Don Esteban ; y efectúa tal declaración, previa audiencia de la entidad demandante, en aplicación de lo dispuesto en el art. 815.4 de la LEC , introducido por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

En dicho auto se razona que, con carácter general, la abusividad de las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con un consumidor ha de examinarse a la luz de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 3) y del derecho interno (arts. 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); y añade que, tratándose aquí de examinar la cláusula de intereses remuneratorios, en cuanto estos forman parte del precio establecido en el contrato de préstamo, tales intereses pueden ser declarados abusivos, y por tanto nulos, si concurren los requisitos previstos en la Ley de Represión de la Usura, requisitos que la resolución apelada entiende concurrentes en este caso, en cuanto se establece un interés nominal del 18,49%, y TAE 20,14%, notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso, si se comparan con el interés legal del dinero (4%)y el interés de demora (5%)en la fecha del contrato, así como si se toman como referencia las disposiciones de la Ley de Crédito al Consumo que fijan límites a los tipos de interés a los créditos que se conceden en forma de descubiertos en cuenta corriente.

La parte apelante alega que los intereses remuneratorios del préstamo no son notablemente superiores al "normal del dinero", pues la comparación no ha de hacerse con el interés legal, sino con el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y "la libertad existente en esta materia", citando en apoyo de su postura la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 . Y, concretamente, realiza la comparación con los datos publicados por el Banco de España sobre tipos de intereses remuneratorios que cuatro entidades financieras ofrecen a sus clientes, en productos financieros "idénticos" al que es objeto de este procedimiento, correspondientes al tercer trimestre de 2014. Añade que los controles de abusividad sobre cláusulas abusivas y los que se refieren al carácter usurario del contrato son controles de distinta



configuración y alcance, basados en cuerpos legales distintos (la directiva 93/13 y legislación nacional que la traspone, aplicable a los consumidores, en el primer caso, y la Ley de Represión de la Usura, aplicable a cualquier prestamista, en el otro)

SEGUNDO.- En este caso, el documento origen del procedimiento es un contrato de préstamo mercantil con tarjeta de crédito, por importe de 2.421 euros, destinado a financiar un tratamiento dental en VITAL DENT-DON BENITO, a devolver en sesenta mensualidades. El tipo de interés se fijó en el 18,49 % (TAE 20.14%), y se establece una "cláusula penal por mora" del 8%, con un mínimo de 24 euros, que sustituye a los intereses moratorios y se aplica en caso de impago de una cuota.

Se reclaman en el procedimiento un total de 2.205,61 euros, de los cuales 720 euros se corresponden con intereses remuneratorios.

TERCERO.- El recurso debe ser desestimado.

En primer lugar, y dado que la entidad apelante cita en su recurso la Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, señalaremos que dicha resolución contempla y analiza un supuesto en el que se fijó una línea de crédito, denominado "préstamo personal **revolving**", con un interés remuneratorio TAE del 24,6% y un límite de disposición de 3.000 euros; el juzgado de primera instancia y la audiencia provincial rechazaron el carácter usurario del préstamo, pero el Tribunal Supremo concluyó que *"... una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como <<notablemente superior al normal del dinero>>."*

Y siguiendo la doctrina marcada por la mencionada *sentencia del Pleno del TS del 25 de noviembre de 2015*, dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar, si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia. Señalando el TS, que *"El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada"*.

En el supuesto objeto del recurso, constatamos que efectivamente existe esta desproporción, en cuanto la TAE media en España de los préstamos al consumo en la fecha en que concertó el préstamo -agosto de 2014-, según publica el Banco de España, era de 9,84% y el interés remuneratorio pactado en este caso alcanza el 18,49 % (TAE 20.14%); es decir, el TAE fijado es algo más del doble de la media; y si efectuamos la comparación con la media de la zona euro, también para el mismo tipo de préstamos al consumo, -7,05%- la desproporción es aún mayor. La referencia a la media de los intereses y TAE se ha efectuado aquí con relación a los préstamos al consumo, el mismo parámetro de comparación que utiliza el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 2105. La parte apelante utiliza, lógicamente en su propio interés, otra referencia para establecer esa comparación, que no resulta, a juicio de la Sala, apropiada para los fines aquí examinados pues se trata de tipos de interés concretos que establecen solo tres entidades financieras elegidas por la propia parte.

Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Y para ello determina dicha resolución a quien corresponde tal carga de la prueba, esto es a la entidad



financiera, partiendo de que la normalidad no precisa de especial prueba, mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada.

En este sentido, siguiendo el argumento de la misma resolución del Tribunal Supremo, se consideran como circunstancias excepcionales, que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto, las generadas por el riesgo de la operación; así cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo. En esos casos estaría justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. Por ello y como expresa la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1912*, la usura sólo existirá "*cuando haya una evidente y sensible falta de equivalencia entre el interés que percibe el prestamista y el riesgo que corre su capital*". Y en el presente caso, nada sugiere que el riesgo de insolvencia del prestatario, aun cuando se tratara de un préstamo inmediato y sin garantías como afirma la recurrente, fuese tan acusado como para motivar un interés remuneratorio tan alto a favor del concedente del crédito. La ausencia de garantías podría justificar un interés superior al que puede considerarse normal, pero no la notable desproporción que se da en este caso; en palabras de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 <<... *no puede justificarse un tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.*>>

CUARTO.- Sobre la distinta normativa que ha de aplicarse a efectos de control de cláusulas abusivas y préstamos usurarios, efectivamente son diferentes. Ahora bien, partiendo de esa distinción, no puede olvidarse que la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 controla el contenido del contrato, partiendo de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, y de la validez estructural del consentimiento prestado; y establece una única sanción posible: la nulidad del contrato de préstamo. Y el control sobre la consideración de un préstamo como usurario, y por tanto nulo, puede realizarse de oficio al igual que ocurre con las cláusulas abusivas por contrarias a la legislación protectora de consumidores y usuarios, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 cuando señala que <<... *la cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, porque así lo soliciten las partes, o bien, porque se considere de oficio su examen conjunto, ha sido tratada, en profundidad, por esta Sala en su Sentencia de 18 de junio de 2012* .>> Aplicación de oficio de la Ley de Represión de la Usura admitida por nuestros tribunales (sentencia A.P. Murcia -Sección 5ª, de 24 de noviembre de 2015 , y auto de esta misma Sección de fecha 16 de marzo de 2016).

QUINTO.- El auto apelado ha declarado la nulidad de los intereses remuneratorios, con fundamento en la normativa de la Ley de Usura; y ha propuesto como cantidad para requerir de pago al deudor la suma de 1485,06 euros por principal, gastos e indemnizaciones.

Ahora bien, aun cuando el recurso ha de ser desestimado, la consecuencia de considerar el préstamo como usurario, como hemos indicado, es la declaración de nulidad del préstamo conforme a lo previsto en el art. 3 de la Ley de Usura , nulidad que es, según reitera nuestro Alto Tribunal, es "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable"; en consecuencia, ha de declararse la nulidad del préstamo, no solo de los intereses remuneratorios, y, en aplicación del citado art. 3 de la Ley de Represión de la Usura , el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida, de modo que la proposición de la cantidad a requerir de pago ha de excluir el importe de los gastos e indemnizaciones que, según la documentación aportada por la demandante asciende a la suma de 84,72 euros.

SEXTO.- Las costas del recurso se imponen al apelante, dada su desestimación (art. 398 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, pronunciamos la siguiente,

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN formulado por la representación procesal de BANCO CETELEM S.A. contra el auto de fecha 31 de julio de 2017 , dictado por el Juzgado de Primea Instancia núm. 3 de Don Benito en el Proceso Monitorio núm. 181/2017.

SE DECLARA LA NULIDAD del contrato de préstamo suscrito por BANCO CETELEM S.A. y DON Esteban el día 12 de agosto de 2014, debiendo el prestatario devolver únicamente el capital prestado, menos la suma total



que ha pagado ya. En consecuencia, la cantidad propuesta a los efectos de requerir de pago al deudor, se fija en la suma de **1401,74 euros**.

Las costas del recurso se imponen a la parte apelante.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ