



Roj: **SAP O 1773/2020 - ECLI: ES:APO:2020:1773**

Id Cendoj: **33044370062020100174**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **22/05/2020**

Nº de Recurso: **63/2020**

Nº de Resolución: **187/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA OVIEDO**

SENTENCIA: 00187/2020

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

**Teléfono:** 985968755 **Fax:** 985968757

**Correo electrónico:**

**N.I.G.** 33044 42 1 2019 0006134

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000063 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 de OVIEDO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000514 /2019

Recurrente: BANCO CETELEM, S.A.

Procurador: SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado: OSCAR BLANCO LOPEZ

Recurrido: Segundo

Procurador: MARGARITA ROZA MIER

Abogado: DIEGO CUEVA DIAZ

**RECURSO DE APELACION (LECN) 63/20**

En OVIEDO, a veintidós de Mayo de dos mil veinte. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D<sup>a</sup> María-Elena Rodríguez-Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Rianza García y D<sup>a</sup> Marta M<sup>a</sup> Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

#### **SENTENCIA N<sup>o</sup>187**

**En el Rollo de apelación núm. 63/20**, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 514/19 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Oviedo, siendo apelante **BANCO CETELEM S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador DON SALVADOR SUAREZ SARO y asistido por el Letrado DON OSCAR BLANCO LOPEZ; y como parte apelada **DON Segundo**, demandante en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA MARGARITA ROZA MIER y asistido por el Letrado DON DIEGO CUEVA DIAZ; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 23 de Diciembre de 2019 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando la demanda formalizada por don Segundo frente a BANCO CETELEM S.A., declaro la nulidad del contrato de tarjeta de crédito sistema flexipago suscrito por las partes el 22 de noviembre de 2013 y condeno a la demandada a abonar al demandante la cantidad que exceda del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido por todos los conceptos, a determinar en ejecución de sentencia.*

*Se impone a la parte demandada el abono de las costas."*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 18-05-2020.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** la sentencia de primera instancia, estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito MEDIA MARKT, suscrito por el actor con la entidad financiera demandada, BANCO CETELEM S.A.U., en fecha 22 de noviembre de 2013, por reputar usuraria la cláusula de intereses remuneratorios contenida en el mismo, con condena a esta última a reintegrar las cantidades que excedan del capital prestado, teniendo en cuenta el total de lo ya percibido por todos los conceptos al margen de dicho capital, en los términos transcritos en los antecedentes de hecho de esta resolución, todo ello tras apreciar, en base a la doctrina del TS establecida en su sentencia de Pleno de fecha 25 de noviembre de 2015, que los intereses remuneratorios pactados, TAE 19,55%, eran totalmente desproporcionados a las circunstancias del caso, tomando como referencia, el medio aplicable a las operaciones del crédito al consumo, que en la fecha de celebración del contrato estaba en torno al 10%, y por ello que infringían el art. 1 de la Ley de Usura de 1908, con el alcance interpretativo que al mismo dio la citada sentencia de Pleno del TS.

Recorre tal pronunciamiento la entidad demandada, en cuyo escrito de interposición, bajo la denuncia de infracción en la recurrida del art. 1 de la Ley de 23 de Julio de 1908, de Reprensión de la Usura reitera, ahora como motivos de impugnación, los de oposición ya articulados en la primera instancia, centrados en invocar que el actor en este caso no ha acreditado como exige el preciado art. 1 el requisito subjetivo de haber aceptado el interés remuneratorio tachado por el mismo de usurario, a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales y, muy especialmente, en sostener que el tipo de interés remuneratorio pactado en este caso del 19,55%TAE, es inferior al medio que venían aplicando en la fecha de celebración del contrato las entidades financieras para este tipo de operaciones con las tarjetas **revolving** o de pago aplazado, categoría específica ya excluida por el Banco de España desde el año 2010, a raíz de la Circular 1/2010, de las estadísticas publicadas de créditos al consumo típicos, y que el propio Banco de España, según resulta de la documentación adjuntada a la contestación, incorporó como tal en su Boletín Estadístico a partir de tal año reflejando los tipos de interés (TEDR) aplicados por las instituciones financiera monetarias, en cuyo capítulo 19.4 figura el medio aplicable al interés normal del dinero para las operaciones de crédito al consumo correspondientes a las Tarjetas de Crédito que han solicitado el plago aplazado o **revolving**, de los que resulta que el medio aplicable en el año 2013, era de un 20,88%, concluyendo por ello que en el pactado en este caso no concurre el requisito legal para apreciar su carácter usurario al no ser manifiestamente desproporcionado, sino inferior al medio, más aun si se tiene en cuenta que en tal Boletín Estadístico del Banco de España, en el interés tomado en consideración, no se incluyen las comisiones, que arrojaría un tipo medio TAE superior.

**SEGUNDO.-** No es discutido que se trató la concertada entre las partes referida a contrato de tarjeta con pago aplazado o **revolving**, de una operación de crédito a la que es aplicable la Ley de Represión de la Usura, de acuerdo con su artículo 9, que establece que "Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido". Así además lo ha establecido la jurisprudencia del TS en su sentencia de Pleno de 25 de noviembre de 2015, cuya doctrina aplica la recurrida, y que en este punto ha sido ratificada por la también sentencia de Pleno del Alto Tribunal 4 de marzo próximo pasado. En ambas, se establece como doctrina legal, que, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Reprensión de la Usura, esto es " que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", sin que sea exigible que acumuladamente, concorra el subjetivo referido a " que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustioso, de su inexperiencia o de lo limitado



de sus facultades mentales", concluyendo en tales sentencias a partir de tal interpretación, que esa normativa sobre usura ha de ser aplicada a una operación crediticia que como las derivadas de contrato de tarjeta de crédito **revolving**, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo, así como que 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), comprensiva de todos los pagos que el prestatario ha de realizar al prestamismo por razón del préstamo.

Prescindiendo por ello, del citado requisito subjetivo, la cuestión objeto de debate en esta alzada, ha quedado limitada a la de determinar cuál es el criterio de comparación que ha de ser tomado como referencia para valorar la naturaleza usuaria o no del interés remuneratorio pactado en este caso, si el interés medio o normal aplicable a los créditos de consumo o el pactado para operaciones similares de tarjetas de crédito **revolving**.

Pues bien la misma ha sido resuelta en la reciente sentencia de Pleno del TS de 4 de marzo pasado, en la que en este punto modula la anterior también de Pleno de 15 de noviembre de 2015, aplicada en la recurrida, aceptando la tesis sustentada por la entidad demandada en el presente recurso, en orden a que debe ser tomado como termino de comparación para valorar la naturaleza o no usuraria de los intereses remuneratorios pactado (TAE), el medio aplicable a esta específica modalidad de crédito que representan las tarjetas **revolving**.

En efecto, en la misma, para determinar la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" a la hora de hacer la comparación con el interés pactado cuestionado y valorar si el mismo es usurario, abandona el criterio seguido en la precedente de Pleno de 25 de noviembre de 2015, tras destacar que en aquella fecha y en la de contratación del producto allí cuestionado el Banco de España no publicaba una estadística diferenciada del tipo medio de interés aplicado a las tarjetas de crédito, y que en aquel supuesto no había sido objeto de recurso el determinar si en el caso de las tarjetas **revolving**, el término comparativo que había de utilizarse como indicativo del "interés normal del dinero" era el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España, rectificando o modulando su criterio precedente, al concluir que éste ha de ser "... el tipo medio de interés, en el momento de la celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada" en este caso la más específica correspondiente a las tarjetas de crédito y **revolving**.

Pues bien, teniendo en cuenta, como ya se invocaba en la contestación, que efectivamente, en la información pública que facilita el Banco de España a través de su página web (con la preceptiva información que le facilitan las entidades financieras), a partir del año 2011, en el cuadro 19.4, capítulo 1 del Boletín Estadístico, ya se indica expresamente, que los tipos de interés fijados para las tarjetas de crédito, hacen referencia a las tarjetas de crédito a pago aplazado y **revolving**, ha de reputarse acreditado que en este caso el interés normal del dinero para este tipo de operaciones, es decir, la media del interés remuneratorio pactado en este tipo de operaciones de crédito **revolving**, en el año 2013, en que se concertó el contrato, era de un 20,68%, por lo que en aplicación de la nueva doctrina del TS ha de concluirse que en este caso el pactado del 19,55 TAE, siendo inferior al mismo, claramente no lo supera no pudiendo por ello ser reputado usuario tanto más teniendo en cuenta que el índice tomado en consideración en tales bases estadísticas, anteriores al año 2017, es el denominado TEDR, explicando en la misma que este es otra forma de denominar el índice TAE, pero sin incluir las comisiones. Ello supone en este caso que, el TAE, que es al que se refiere el contrato litigioso, en tal anualidad debería ser necesariamente más elevado, lo que abundaría aún más en tal conclusión de inexistencia de usura en este caso.

**TERCERO.-** La desestimación de la pretensión principal obliga a esta Sala, para no incurrir en incongruencia omisiva (por todas STS 9 de junio de 2011) a pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda para el supuesto de rechazarse en este caso la nulidad por usura del contrato litigioso.

Esta se centra en la pretensión de nulidad de comisión por reclamación extrajudicial de saldo deudor, recogida en la condición 19 del contrato, que la fija en 30€ por cada disposición deudora vencida que se cobrará "en el momento de regularizar la obligación de pago incumplida". Se funda en invocar que se trata de una comisión que no responde a una actuación concreta y específica de la demandada y que vulnera por ello la normativa que regula las relaciones entre entidades de crédito y sus clientes que se detalla en la misma. A tal pretensión se había opuesto la entidad demandada en su contestación alegando que además de haber sido aceptada con la suscripción del contrato, tal comisión retribuye en este caso el coste que representa la devolución como impagado de los recibos de pago periódico del crédito dispuesto con la tarjeta en la cuenta corriente titularidad de la actora en que están domiciliados, suponiéndole un coste que se revierte al cliente incumplidor con la misma.

Sobre la naturaleza abusiva de esa comisión se ha pronunciado con reiteración esta Sala, en sentido afirmativo. Las razones que avalan esa declaración de abusividad, como ya razonábamos entre otras muchas en nuestra sentencia núm. 118/19 de 22 de marzo, derivan del hecho de que con carácter general el art. 82.1 RD Leg.



1/2007 de 16 noviembre 2007, reproduciendo el contenido del apartado 1 del art. 10 bis, de la LGDCU, vigente en la fecha de celebración del contrato, establece que " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* ".

Los requisitos exigidos en el precitado art. para poder considerar como abusiva una determinada cláusula de un contrato de consumo, relativos: 1º) a que se trate de un contrato celebrado con consumidores; 2º) ausencia de negociación individual de las cláusulas contractuales y 3º) necesidad de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, concurren en este caso en relación a la citada comisión de 30 € por cada disposición deudora vencida, tratándose así de una cláusula general que repercute un coste al consumidor que no aparece justificado en modo alguno y que en si misma representa además una indemnización añadida a la que suponen los intereses pactados para tales impagos en la condición general 24, impuesta en forma unilateral, tanto en su cuantía como en su contenido, por parte del empresario, generando para el mismo una posición favorable a sus intereses económicos y que no se corresponde con los gastos reales que para el mismo pueda suponer la regularización de las posiciones deudoras ante incumplimientos previos al vencimiento anticipado.

No es por ello nula la cláusula por fijar un indemnización por gastos de reclamación, sino por fijar su importe de manera fija y sin obligación del empresario de acreditar haber intentado la reclamación, ni justificar el medio empleado para ello ni, lo que es más importante en este caso, el coste individualizado de las realizadas, que notoriamente en ningún caso justificaría ese elevando importe.

Además de ello, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala, entre otras, en las sentencias núm. 133/ 2017 de 7 de abril, 193/2017, de 2 de junio y la más reciente 338/ 2017 de 27 de octubre, aun cuando la validez de las comisiones, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello lo es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011, cuyo párrafo segundo del art. 3.1 de la misma establece que " *Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma, al tener que reputarse indebida la girada por falta de causa, tanto más cuando la finalidad de esta comisión, es la misma que la de los intereses de demora, cuya función según reiterada doctrina del TS, recogida entre otras en su sentencia de 26 octubre 2011, es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones...", de modo que si a ese interés de demora por impago, pactado en la cláusula 24, se sumara la comisión litigiosa, es claro que esta última encubre una autentica clausula penal cumulativa que debería haberse reflejado con tal naturaleza y claridad en el contrato pues el impago en los plazos pactados ya se retribuye con los intereses de demora.

El TS en su reciente sentencia de 25 de octubre de 2019, se ha pronunciado al respecto, en los mismos términos de declarar la abusividad de esta comisión, al no ajustarse la misma a la normativa bancaria citada, y a la también representada por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Así se razona en la misma en apoyo de la abusividad que " *Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática*". Estimando que no la cumple una comisión como de la aquí predispuesta, en cuanto la misma " *no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática*".

También se argumenta en la misma en apoyo de la abusividad de esta comisión, con cita de la doctrina contenida en la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), según la cual, teniendo en cuenta



la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información,"... es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen", falta de claridad y concreción de los servicios efectivamente proporcionados a que responde, que se razona en la misma en este caso concurre, en cuanto esa indeterminación previa de los mismos, " *es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).*

*Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU".*

Finalmente también excluye que la declaración de abusividad suponga infracción del art. 1255 del CCivil, dado que " *... el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta".*

**CUARTO.-** La estimación del recurso determina que no sea procedente hacer expresa imposición de costas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2º de la L.E.Civil.

En cuanto a las de la primera instancia pese al acogimiento de la pretensión subsidiaria, está justificado en este caso la no aplicación del principio objetivo del vencimiento, teniendo en cuenta que hasta el 4 de marzo próximo pasado, el TS no había dictado segunda sentencia que modulo, rectificándola, la doctrina establecida en la de Pleno de 25 de noviembre de 2015, aplicada en la recurrida, lo que ha dado lugar a la existencia de criterios judiciales discrepantes sobre la vinculación o no a la misma, y por ello respecto al termino o módulo de comparación para decidir, si el interés pactado en contratos como el litigioso de tarjeta **revolving**, es manifiestamente desproporcionado al normal del dinero, habría de serlo el medio de este tipo de producto, o por el contrario el medio de los préstamos al consumo, existencia de criterios discrepantes al respecto que resulta de una simple consulta de cualquier base de datos al uso, ya constatado por esta Sala en resoluciones precedentes, y que justificó que esta Sala hiciera uso de la excepción de no imposición que contempla para estos supuestos de dudas de derecho el apartado 1º, "in fine" del art. 394, al que remite al mismo apartado del art. 398, ambos de la L.E.Civil, para su no imposición a partir de su sentencia número 97/19 de once de marzo.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

## FALLO

Se acoge el recurso de apelación deducido por **BANCO CETELEM, S.A.U.**, contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo, en autos de juicio ordinario número 514/2019, seguido contra la misma a instancia de **DON Segundo** , a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA**.

En su lugar se desestima la pretensión principal de nulidad por usura del contrato suscrito por las partes y se acoge la subsanaría declarado la nulidad de la cláusula del contrato reguladora de la comisión de "reclamación extrajudicial del saldo deudor", condenando a la demandada a su eliminación.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación en el plazo que resulte legalmente de aplicación cuando se levante la suspensión de plazos decretada con ocasión del Estado de Alarma, momento en que se iniciará el computo del mismo, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.