



Roj: **SAP O 3335/2020 - ECLI: ES:APO:2020:3335**

Id Cendoj: **33044370042020100323**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **29/07/2020**

Nº de Recurso: **39/2020**

Nº de Resolución: **335/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00335/2020

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3

Teléfono: 985968737 **Fax:** 985968740

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CRR

N.I.G. 33044 42 1 2019 0008515

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000039 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.10 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000732 /2019

Recurrente: BANCO CETELEM SA

Procurador: SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado: OSCAR BLANCO LOPEZ

Recurrido: Remigio

Procurador: EUGENIO JOSE ALONSO AYLLON

Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

NÚMERO 335

En OVIEDO, a veintinueve de julio de dos mil veinte, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número 39/2020 , en autos de JUICIO ORDINARIO N° 732/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Oviedo, promovido por **BANCO CETELEM, S.A.**, demandado en primera instancia, contra Don **Remigio** , demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña NURIA ZAMORA PEREZ.-

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha veintiuno de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **FALLO.-** Que se **ESTIMA íntegramente** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Alonso en representación de D. Remigio frente a Banco Cetelem, S.A. *representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco y: - Se declara la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes. - En consecuencia el actor únicamente estará obligado a abonar la cantidad efectivamente dispuesta, debiendo, en su caso, la demandada restituir las cantidades que excedan de lo efectivamente dispuesto, incrementada en los intereses legales computados desde la interposición de la demanda. - Se condena a la parte demandada al abono de las costas judiciales.*"-.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día diez de marzo de dos mil veinte.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia, por la incidencia del estado de alarma decretado por el COVID 19 y tener la magistrada ponente otros asuntos pendientes de resolver.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda. Declara nulo por usurario el contrato de tarjeta de crédito concertado entre los litigantes. Declaración de nulidad que lleva aparejados los efectos previstos en el artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1.908.-

SEGUNDO.- Recurrida la sentencia por la entidad demandada, Banco Cetelem S.A, una vez dictada la sentencia de 4 de marzo de 2.020, por el pleno de la sala primera del Tribunal Supremo, no procede la peticionada suspensión del recurso.

En cuanto al fondo del proceso, la entidad apelante muestra su discrepancia con la sentencia de instancia por considerar que la misma vulnera el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1.908. Los intereses remuneratorios pactados no son excesivos ni desproporcionados. Y es que a efectos de realizar esa valoración no hay que compararlos con el interés medio de préstamos o créditos al consumo. Las tarjetas de crédito tipo "**revolving**" se trata de un producto financiero diferente y la comparación de los intereses remuneratorios en ellas recogidos debe hacerse con los que acostumbra a incluirse en contratos de similar naturaleza, tarjetas de crédito "**revolving**".-

TERCERO.- Este tribunal de apelación, al resolver recursos de análoga naturaleza al que ahora es objeto de recurso, mantuvo el mismo criterio que la juzgadora de instancia. Esto es, realizaba la comparación con el interés medio de contratos de financiación a consumidores como préstamos o créditos al consumo, según estadísticas publicadas por el Banco de España. No se hacía la comparación con el tipo de interés que otras entidades financieras incluyeran en los contratos de tarjetas **revolving**, caracterizadas por incluir porcentajes de interés elevados. Y es que en definitiva este tipo de contratos, tarjeta de crédito **revolving**, no dejaba de ser una forma de financiación al consumo, cuya mecánica operativa conlleva un incremento progresivo de los intereses, ya que la mecánica de pago aplazado, no haciendo efectivo la totalidad del capital recibido implica una "retroalimentación" del crédito capitalización de intereses que a su vez devengan más intereses.

Dictada la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2.020, este tribunal de apelación ha de replantearse su postura a fin de acomodarla a lo resuelto por nuestro Alto Tribunal. Ello implica que para valorar si el interés remuneratorio convenido es desproporcionado, usurario ha de compararse con el interés medio de este tipo de contratos, según las estadísticas oficiales publicadas por el Banco de España.

En el caso de autos y en base a la prueba documental de la que dispone el tribunal, parece que el contrato inicialmente concertado entre los litigantes es el de fecha 3 de septiembre de 2.013 (folio 70 vuelto) coincide con el número de contrato NUM000), solo hay la diferencia de un dígito 1, puede ser debido a un error mecanográfico. Según dicho contrato, el interés remuneratorio era el 19'90% anual con un TAE del 21'82 %. Contrato que ha debido sufrir alguna modificación en estos años pues en tanto que el crédito inicial era hasta 300 euros, en los extractos que figuran a los folios 21 y siguientes, en los que aparecen anotaciones de finales del año 2.014 y comienzos del año 2.015, pone como límite del crédito 1.000 euros. No constan otras modificaciones relevantes, pues el interés remuneratorio mensual que figura es el 1'66%, lo que supone el 19'92% anual. Así las cosas y teniendo en cuenta que según la información del Banco de España, en el año 2.013 el TEDR, inferior a la TAE, era el 20'88% anual, una TAE del 21'82%, esto es en sólo un punto superior al TEDR no cabe calificarlo como de usurario, por lo que debe mantenerse la validez del contrato.-



CUARTO.- Rechazada la nulidad del contrato, por usurario, procede entrar a examinar las peticiones deducidas en forma subsidiaria. Se solicita, en base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se declare la nulidad de las siguientes cláusulas:

1º.- La que establece una comisión por reclamación de posición deudora.

2º.- La que estipula una penalización por mora.

3º.- El contrato de seguro vinculado a la tarjeta.

Respecto de la petición subsidiaria procede acoger las dos primeras peticiones. El examen del contrato evidencia que todo él es un condicionado general, prerredactado por el profesional contratante y dirigido a una pluralidad de clientes. Nos hallamos ante el supuesto regulado en el artículo 1 LCGC. De hecho el contrato se encabeza con el apartado I. CONDICIONES GENERALES.

Los apartados II y III se encabezan como Condiciones Particulares diferenciando entre Préstamo Mercantil y tarjeta de crédito sistema flexipago. En realidad es un condicionado tan general como el anterior, si bien referido a una relación contractual específica, préstamo o tarjeta **revolving**.

En el condicionado general en la cláusula novena se prevé el devengo de una comisión por reclamación extrajudicial de saldo deudor y en la cláusula 10 se fija esa comisión en la cuantía de 30 euros por cada posición deudora vencida. Importe que se cobraría en el momento de regularizar la obligación de pago incumplida. Desconocemos si esa comisión se ha llegado a hacer efectiva o no.

Sobre la validez o nulidad de dichas cláusulas nos hemos pronunciado en múltiples resoluciones, entre ellas la de 14 de julio de 2.020, en la que se hace referencia a otras sentencias de esta sala. Como decíamos allí, este tribunal se ha pronunciado en múltiples supuestos precedentes acerca de la validez de la comisión cuestionada, que en principio podría considerarse aceptable, en base al principio de autonomía de la voluntad artículo 1.255 del Código Civil. Y así la Orden de 12 de diciembre de 1.989 sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito, en su punto 7º.4 c) preveía que cuando lo solicitase el cliente debían facilitarle un ejemplar del documento contractual en el que se formalizaran las operaciones comprensivo de "las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha de devengo y liquidación, así como en general de cualquier otro dato". Así pues, se admitía la percepción de comisiones por aquellos servicios que el banco preste al cliente, siempre que estos aparezcan debidamente incluidos en el contrato. Se sepa el servicio al que obedece, su importe, sean aceptadas por el cliente y cuando se devenguen obedezcan a la efectiva prestación del servicio. Criterio reiterado en el artículo 3 de la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, vigente al tiempo de concertar este contrato.

Ahora bien, en esas resoluciones precedentes como la de 21 de mayo y 19 de junio de 2.020 hemos dicho que en muchas ocasiones esas gestiones que realiza la entidad bancaria para conseguir que el cliente regularice su posición deudora se hacen más en beneficio de la entidad bancaria que trata de evitar descubiertos que del propio cliente. Su naturaleza abusiva deriva del carácter adhesivo de la cláusula impuesta a todo cliente que quiera contratar con ellos y en la que de forma predeterminada se fija una cuantía fija sin subordinarla a la efectiva prestación del servicio en beneficio del cliente. Como dice la sección sexta de esta Audiencia Provincial, las reclamaciones de posición deudoras no implican ningún servicio para el consumidor, antes bien encubre una auténtica cláusula penal cumulativa a los intereses moratorios, obviando que estos ya remunerar el perjuicio causado por el incumplimiento del consumidor. El imponer esa comisión supone una indemnización claramente desproporcionada al perjuicio causado, artículo 85.6 del TRLGDC y U.

Como decíamos en las sentencias de esta sala anteriormente reseñadas, en sentido similar a como lo hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de octubre de 2.019, hemos de insistir en que la abusividad la genera la indeterminación en cuanto al tipo de gestión que se va a llevar a cabo, aludiendo igualmente a que supone una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión, su precio, pero con la cláusula se traslada al consumidor la obligación de probar o que no hubo gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Estamos ante pactos que infringen lo establecido en los artículos 85.6, 87.5 y 88.2, de la LGDC y U.-

QUINTO.- En cuanto a los intereses de demora, dentro del condicionado particular y en el sistema Crédito Flexipago, apartado B.2 REFLEXIÓN 3.3 prevé una penalización por mora sobre el importe impagado del 8%, con un mínimo de 24 euros.

Cláusula que debe ser declarada nula por abusiva, dado su carácter desproporcionado. Nos hallamos ante el supuesto previsto en el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. En esos términos se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo, quien en la sentencia de



19 de febrero de 2.020 reitera la postura mantenida con antelación en la de 22 de abril de 2.015, en el sentido de considerar abusivo el interés de demora concertado en los contratos de préstamos personales con consumidores, que exceda de dos puntos el interés remuneratorio pactado. Valoración aplicable a los contratos de financiación a consumidores análogos al de préstamo. Dado que en el caso de autos el tipo porcentual de demora excede en más de dos puntos al remuneratorio mensual pactado, pues es con este con el que hemos de compararlo ya que las liquidaciones se hacen mensualmente, se declara nulo, sigue devengando el interés remuneratorio convenido, como ha dicho el Tribunal Supremo en las sentencias reseñadas.

La declaración de nulidad de esta cláusula y la de comisión por reclamación extrajudicial de saldo deudor supone la condena de BANCO CETELEM, S.A. a devolver las cantidades indebidamente cobradas con su aplicación, así como los intereses devengados desde su improcedente cobro. Sumas a determinar en ejecución de sentencia.-

SEXTO.- Hemos de desestimar la pretendida nulidad del contrato de seguro ligado al de tarjeta de crédito. Y es que el apelante no da razón alguna que justifique esa petición. Se trata de un contrato diferente, opcional, se puede contratar o no y si en el caso de autos se concierta obedece al principio de autonomía de la voluntad del contratante. El contrato cubre unas contingencias, fallecimiento, incapacidad permanente total, que no constan se hayan producido, pero eso no quiere decir que el contrato no cumpla la función para la que se concierta ni que haya sido impuesto al demandante. En su condicionado se recoge la posibilidad de cancelarlo en cualquier momento, opción que si le interesa es la que debe ejercer.-

SÉPTIMO.- La estimación del recurso implica la estimación parcial de la demanda y la no imposición de costas en ambas instancias, artículos 394 nº 2 y 398 nº 2 de la LEC.-

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

SE ESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR BANCO CETELEM, S.A., contra la sentencia dictada el veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve, por el Juzgado de Primera Instancia número diez de Oviedo, en el Juicio Ordinario núm. 732/2019. Se revoca parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA PRESENTADA POR D. Remigio , contra BANCO CETELEM.

Manteniendo la validez del contrato de tarjeta "revolving" concertado entre los litigantes, se declaran nulas por abusivas la cláusula de comisión por reclamación extrajudicial de saldo deudor cuantía 30 euros y la cláusula de devengo de interés de demora 8% sobre el importe impagado mínimo 24 euros. Se expulsan del contrato.

Se condena a BANCO CETELEM SA a devolver las sumas indebidamente percibidas por aplicación de las cláusulas declaradas nulas, con los intereses legales devengados desde su improcedente cobro. Suma a liquidar en ejecución de sentencia. No se hace especial condena en costas de ambas instancias.

En aplicación del apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander **3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.**

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública, lo que certifico en Oviedo a