



Roj: **SAP O 3672/2020 - ECLI: ES:APO:2020:3672**

Id Cendoj: **33044370042020100341**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **331/2020**

Nº de Resolución: **357/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00357/2020

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3

-

Teléfono: 985968737 **Fax:** 985968740

Correo electrónico:

Equipo/usuario: AFC

N.I.G. 33044 42 1 2019 0009822

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000331 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.3 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000844 /2019

Recurrente: BBVA

Procurador: MARIA DEL CARMEN CERVERO JUNQUERA

Abogado: JORGE LUCIANO SANCHEZ VELO

Recurrido: Camino

Procurador: MARGARITA ROZA MIER

Abogado: DIEGO CUEVA DIAZ

NÚMERO 357

En OVIEDO, a veintitrés de septiembre 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 331/2020 , en autos de JUICIO ORDINARIO N. 844/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Oviedo, promovido por **BANCO BILBAO-VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, demandado en primera instancia, contra **Doña Camino** , demandada reconventional en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON .-



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha veintiséis de febrero de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" F A L L O.- Que debo estimar y estimo, en su integridad, la demanda interpuesta por DOÑA Camino contra "BBVA, S.A.", y, en su virtud, 1). Declaro la nulidad de pleno derecho, por usura, del contrato de tarjeta de crédito "A Tu Ritmo", otorgado por ambas partes el día 8 de Junio de 2012. 2). Declaro que la actora únicamente está obligada a devolver el crédito efectivamente dispuesto y condeno al Banco a reintegrarle todas aquellas cantidades pagadas y que hayan excedido del capital prestado, a calcular en ejecución de sentencia. 3). Impongo a la entidad interpelada todas las costas de este juicio. Llévase el original al protocolo de sentencias dejando testimonio bastante en las actuaciones."

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 veintidós de septiembre de dos mil veinte.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución dictada en primera instancia, acogiendo la petición principal deducida en la demanda, declara la nulidad, por usurario, del contrato de tarjeta de crédito "A Tu Ritmo" suscrito el 8 de junio de 2012, considerando absolutamente desproporcionado el interés establecido, con un TAE del 19,56%, en comparación con el interés medio de los préstamos al consumo, que en aquella época era del 8%, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Apela la entidad demandada, que centra su recurso en la aplicación de la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 en cuanto corrige la anterior y establece que la referencia con la que debe establecerse la comparación para determinar el carácter usurario del interés remuneratorio debe ser el tipo medio aplicable a la categoría a la que pertenece la operación cuestionada, siendo en este caso el de las operaciones mediante tarjeta de crédito y **revolving** publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, y acude al tipo medio TEDR publicado para el año 2013, que era del 20,68%, porque en la fecha de formalización del contrato aún no se publicaban de forma individualizada los datos relativos a los contratos de tarjeta de crédito, entendiéndose por ello que en ningún caso el interés pactado podría considerarse notablemente superior al normal.

SEGUNDO.- El criterio que ha venido aplicando esta Sala en casos similares seguía la línea marcada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de noviembre de 2015, conforme a la cual la Ley de Usura supone un límite al principio general de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, el carácter usurario sólo requiere que se trate de un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y la comparación debe hacerse a partir de la TAE fijada en el contrato con el interés "normal del dinero", acudiendo para ello a las estadísticas publicadas por el Banco de España.

Se entendía que el índice de referencia para establecer la comparación entre el interés estipulado en el contrato de tarjeta de crédito y el normal del dinero lo constituye el interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo, pues así se había considerado en dicha resolución al atribuir a la operación cuestionada, que era también un crédito **revolving**, el carácter de crédito al consumo.

No obstante, ese criterio debe ser corregido para adaptarlo a las pautas establecidas por la Sentencia del Alto Tribunal de 4 de marzo de 2020 cuando en ella se establece que la referencia que debe utilizarse es el tipo medio de interés correspondiente a la categoría de la operación crediticia cuestionada, de modo que si, como sucede actualmente en el caso de las tarjetas de crédito y **revolving**, éstas conforman una categoría más específica dentro de la más amplia de las operaciones de crédito al consumo, deberá atenderse a esa especificidad y tener en cuenta el tipo medio de interés correspondiente con la operación crediticia que presenta más coincidencias con la cuestionada, esto es, el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y **revolving** publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

Cuando se celebró el contrato litigioso, tras la entrada en vigor de la Circular 1/2010, los datos estadísticos referidos al crédito al consumo ya no incluían las operaciones con tarjeta de crédito, como así había venido siendo hasta junio de 2010, habiéndose recopilado desde entonces de forma diferenciada.

La apelante acude al dato estadístico anual de 2013, en el que el TEDR de las tarjetas de crédito fue del 20,68%. Sin embargo, como advierte la otra parte en su oposición al recurso, desde el boletín estadístico de mayo de



2016 es posible conocer el promedio anual de los años 2011 a 2014. Y no sólo eso, tratándose, como se hace notar en la sentencia de instancia, de datos que pueden conocerse a través de la página web del Banco de España de público acceso, como así es admitido por la apelada, no sólo es posible saber el promedio anual de 2012 en que tuvo lugar la contratación, siendo el TEDR de las tarjetas de crédito de pago aplazado de un 20,90%, sino que, a través de la misma página, y en formato Excel, es posible conocer el índice mensual correspondiente a junio de ese año, que fue del 20,623%, sin que con ello se supla ninguna inactividad de la parte, sino que, simplemente, se acude a las fuentes accesibles para establecer cuál es el dato comparativo con arreglo al referido criterio jurisprudencial.

Establecida entonces la comparación con ese índice mensual TEDR, el TAE del 19,56% aplicado en el contrato litigioso resulta ser inferior, por lo que en ningún caso cabe entender cumplido el requisito de que el interés remuneratorio sea notablemente superior al normal del dinero, debiendo, en consecuencia, rechazarse su carácter usurario.

El recurso debe ser, pues, acogido y desestimada la pretensión de nulidad del contrato articulada con carácter principal en la demanda.

Frente a ello no cabe oponer, como hace la parte apelada, que el TAE del contrato debiera ser otro, mucho más elevado, hasta de un 27,43%, con el argumento de que el contrato no recoge el TAE, sino el TEDR, ya que no comprende en el coste real del crédito las comisiones por disposición de efectivo a crédito, pues, aparte de que ello supone una cuestión nueva cuya introducción en esta segunda instancia se halla proscrita por el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil frente a la tesis que se había sostenido en la demanda de que el TAE estipulado en el contrato era del 19,56%, tampoco consta que así fuera realmente y que, en contra de lo indicado en la Condición General 9.4. del contrato, no se haya calculado el TAE de conformidad con la Ley 16/2011, de 24 de junio, comprendiendo, por tanto, el coste total del crédito, incluidos intereses y comisiones, siendo que se parte de un TIN del 18% y se llega a un TAE del 19,56%, debiendo tenerse en cuenta además que en la referencia con la que se compara no se incluyen las comisiones, por lo que no estaría justificado que se añadieran otras -si es que no se computaron- para hacer un nuevo cálculo de la TAE distinto del que refleja el propio contrato.

Por otro lado, si bien es verdad que, como señala la citada Sentencia de 4 de marzo de 2020, en la labor de ponderación que es necesario realizar para determinar cuándo una operación de crédito tiene carácter usurario han de tomarse en consideración diversos elementos, y en el concreto caso de las operaciones de que aquí se trata las peculiaridades del crédito "revolving", en el que las cuantías no suelen ser muy elevadas y se alarga considerablemente el tiempo de pago con una elevada proporción correspondiente a los intereses y poca amortización del capital, al tiempo que los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio, en todo caso, no cabe perder de vista que el requisito primordial del que depende la calificación del crédito como usurario es que el interés estipulado sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, por lo que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de hacerse la comparación, si, como sucede en el presente caso, éste resulta ser incluso superior al interés TAE del contrato, deviene superflua cualquier otra consideración para excluir aquella calificación.

TERCERO.- Invoca, no obstante, la demandante apelada un nuevo motivo de nulidad, basado en la falta de transparencia, que reconoce no haber planteado en su demanda, pero que entiende que puede hacer valer ahora ante el cambio jurisprudencial producido y porque además puede ser apreciada de oficio con traslado previo a ambas partes a fin de garantizar la observancia del principio de contradicción.

El cambio en el criterio jurisprudencial producido después de recaída sentencia en primera instancia, pero que debe ser tenido en cuenta a la hora de resolver el recurso contra ella interpuesto, no puede justificar un replanteamiento de los términos en los que quedó trabada la litis y una alteración tan significativa en el fundamento de la pretensión deducida en la demanda, como si el juicio debiera comenzar de nuevo, obviando los efectos propios de la litispendencia.

Lo normal es que la jurisprudencia evolucione y que sus criterios se modifiquen con el paso del tiempo, adaptándose a los cambios de todo orden que se producen en el seno de la propia sociedad en la que surgen los conflictos sobre los que debe pronunciarse. La solución que haya de adoptarse en cada caso concreto dependerá de cuál sea el criterio imperante en ese momento, sin que ello implique una aplicación retroactiva de la jurisprudencia. No sería lógico que a la hora de resolver un recurso debiera estarse a una jurisprudencia que se ha visto modificada con posterioridad para el mismo caso, pero sin que ello implique la apertura de nuevos trámites de alegaciones distintos de los que ya forman parte del procedimiento.

Es cierto que la repetida Sentencia de 4 de marzo de 2020 alude a que el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia



propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, pero, al igual que sucede en este caso, también advierte que la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito por su carácter usurario.

En efecto, la pretensión principal de nulidad del contrato planteada en la demanda se fundaba en su carácter usurario, invocando al efecto la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 y la jurisprudencia que interpreta y aplica dicha norma. El carácter abusivo sólo se predicaba, en cambio, respecto de otras dos estipulaciones del contrato, y ello como petición subsidiaria, de suerte que el éxito de la principal dependía de que el contrato mereciera esa consideración de usurario, pero no de la aplicación de la normativa protectora de consumidores y usuarios.

La diferenciación es clara, tratándose de límites y controles distintos que no cabe confundir, y así aparece recogida en la jurisprudencia, especialmente en la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, en la que se señala que el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, tratándose de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

Así, aunque ambas normativas no afecten materialmente a la libertad de precios, su diferenciación en el campo axiológico resulta clara, y una vez constatada su plena compatibilidad o concurrencia, cabe, en todo caso, establecer las siguientes diferencias en torno a su respectiva aplicación:

a) En el caso de la ley de usura, su configuración como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda, y a diferencia de las condiciones generales, representa un control tanto del contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como de la validez estructural del consentimiento prestado. Por contra, la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable.

b) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control proyectado, la ley de usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria, mientras que la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo.

c) Aunque la ley de usura importa o interesa al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que pueden considerarse anómalas y que se definen restrictivamente como contratos usurarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad. Por contra, la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

d) Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva 93/13 (artículo 4.2), que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios).

La distinción adquiere suma importancia desde el momento en que el control de contenido no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado.

Siendo ello así, no resulta procedente el control de oficio que se solicita, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020, la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial,



pero sólo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes, concluyendo de ese modo que el alcance de la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de cláusulas que no hubieran sido invocadas por el consumidor en su posición de parte demandante se ciñe, en la jurisprudencia del TJUE y de la propia Sala, a las cláusulas relevantes para resolver su pretensión.

Tal línea jurisprudencial es reiterada en la STJUE de 11 de marzo de 2020 (asunto C-511/17) al decir que el examen de oficio obligatorio que el juez nacional que conoce del asunto debe efectuar en virtud de la Directiva 93/13 se limita, en un primer momento, a las cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo puede determinarse sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos a su disposición, y en un segundo momento debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce.

Por lo tanto, dado que el control de transparencia de condiciones generales de la contratación no guarda relación con la pretensión de nulidad contractual deducida en la demanda ni con las razones en que la misma se funda, no cabe llevar a cabo ahora ese control en esta segunda instancia.

Y si no es posible abordar aquí la nulidad del contrato con base en la falta de transparencia de sus condiciones económicas esenciales desde el punto de vista de su conocimiento y comprensión, menos aún lo es la anulabilidad que se reclama de forma subsidiaria invocando, tanto la Ley de Crédito al Consumo por ausencia de información precontractual y de una oferta vinculante (artículo 7.2), como el error y el dolo en cuanto vicios invalidantes del consentimiento, pues ello supone un verdadero cambio de demanda expresamente prohibido por el artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Al hilo de lo anterior, tampoco se estima procedente plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ninguna de las cuestiones prejudiciales que la apelada propone con carácter alternativo.

Tiene dicho el Tribunal Constitucional que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corresponde de forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial que resuelve el litigio (SSTC 180/1993, de 31 de mayo; 201/1996, de 9 de diciembre, y 203/1996, de 9 de diciembre) y que no existe vulneración alguna de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima en una resolución razonada y fundada en Derecho, no incurso en manifiesta irrazonabilidad o en arbitrariedad, que no cabe plantear dicha cuestión.

No existe, por tanto, un derecho de la parte en un proceso al planteamiento de la cuestión prejudicial, pero el Tribunal, ante la puesta de manifiesto de la necesidad u oportunidad de la misma, debe motivar suficientemente su opción (STC 135/2017, de 27 de noviembre).

Dice a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017 que, para que proceda plantear la cuestión prejudicial, es necesario que la respuesta que el TJUE haya de dar a las dudas que el órgano judicial nacional le plantee sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sea necesaria para que el órgano judicial nacional pueda emitir su fallo.

El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a la cuestión prejudicial como aquella que, versando sobre la interpretación de los tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, se haya planteado ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros y deba pedirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie cuando sea necesaria una decisión al respecto para emitir el fallo.

Por lo tanto, la solicitud de cuestión prejudicial solo puede tener por objeto la interpretación de un acto comunitario, no de una norma nacional.

En este caso no se dan los presupuestos necesarios para plantear la cuestión con relación a la aplicación de una doctrina jurisprudencial -como la emanada de la Sentencia de 4 de marzo de 2020- que no trata sobre el Derecho de la Unión Europea o su trasposición al Derecho interno, sino exclusivamente sobre una disposición de Derecho nacional (la Ley de Represión de la Usura) que no guarda relación con la normativa de consumo y que es incluso anterior a la existencia misma de la Unión Europea, y tampoco resulta necesario su planteamiento sobre la aplicación de los trámites que permitan acomodar las pretensiones de los litigantes a dicha doctrina, modificando los fundamentos de las mismas, cuando ya se ha razonado con anterioridad sobre la improcedencia de tales alteraciones en el objeto del proceso.



QUINTO.- El rechazo de la petición principal de la demanda obliga a pronunciarse sobre la subsidiaria a la que la sentencia de instancia no da respuesta por haber estimado la primera.

Con ella se pretende la declaración de nulidad de la cláusula del contrato que faculta al Banco para modificar determinadas condiciones del contrato y de aquella otra que establece una comisión por reclamación de cuota impagada, por considerarlas abusivas.

En cuanto a la primera, la condición general 14.1. es del siguiente tenor literal: "El Banco podrá modificar el Límite de Crédito de las Tarjetas, los intereses, cuotas, comisiones, gastos y demás condiciones previstas en el Contrato y en las Condiciones Particulares previa comunicación con dos meses antes de su aplicación a sus Titulares excepto si comunican al Banco su no aceptación con anterioridad a dicha fecha".

El artículo 85.3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que ambas partes invocan, el demandante para fundar su petición de nulidad y la demandada para defender la validez de la cláusula, declara en todo caso abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato, y contempla de forma específica los contratos referidos a servicios financieros, para los que deja a salvo aquellas cláusulas en las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con tales servicios, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna; y para el caso de tratarse de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada -como sería el contrato de tarjeta litigioso en el que se establecía una duración inicial de 12 meses susceptible de prórroga tácita y sucesiva por igual periodo salvo denuncia expresa del Banco o cancelación del Titular- se admite la modificación unilateral de sus condiciones por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato.

La cláusula en cuestión según ha sido transcrita no contempla ninguna razón válida para modificar las condiciones del contrato que afectan a aspectos tan esenciales como el límite de crédito, los intereses, las cuotas y las comisiones. Y no solo eso, es que además, pese a que establece la previa comunicación a los Titulares con dos meses de antelación a la aplicación de las modificaciones, sólo contempla la posibilidad de que aquéllos no las acepten, pero nada dice acerca de que en dicha comunicación deban ser informados de su derecho a rechazar las modificaciones pretendidas y de la facultad de resolver el contrato, con lo cual, y a salvo aquellos casos en que las modificaciones sean expresamente rechazadas, en todos los demás se presume una aceptación tácita, sin que se garantice que los Titulares hayan sido previamente informados de su derecho a no aceptar la modificación del contrato o de su facultad de resolverlo.

Por tales razones, y en la medida en que la cláusula pretende amparar una modificación unilateral de las condiciones contractuales sin más requisito que su comunicación a la otra parte, debe considerarse abusiva, y por ende nula, con la consecuencia de que deberán reintegrarse por el Banco demandado todas aquellas cantidades que hubiera percibido como resultado de las modificaciones introducidas en el contrato que representen un incremento respecto de las obligaciones inicialmente asumidas por la demandante al tiempo de suscribirlo, lo que se determinará, en su caso, en ejecución de sentencia.

Respecto a la segunda de las cláusulas impugnadas, en las condiciones económicas del contrato se establece una comisión por reclamación de posiciones vencidas hasta un máximo de 35 € por una sola vez, y en la condición general 8.8.g) se recoge una comisión por reclamación de posiciones deudoras a percibir en caso de que el Banco reclame cantidades impagadas, para compensar los gastos de gestión, por cada rúbrica y en el momento de su devengo o en la primera liquidación que se produzca de las posiciones deudoras.

Esta Sala ha venido pronunciándose reiteradamente a propósito de ese tipo de comisiones, entre otras, en Sentencias de 13 de septiembre de 2017, 13 de julio y 17 de octubre de 2018 y 23 de enero, 20 de febrero, 19 de junio y 16 de octubre de 2019, señalando que la imposición en el contrato en una suma fija, que opera de modo automático con independencia de cuál fuere el coste de las gestiones en que se traduzca la reclamación, implica un perjuicio injustificado para el cliente, a quien se pretenden cobrar unos servicios, bien inexistentes o bien en cuantía no justificada, tratándose por ello de cláusulas abusivas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 82, 87.5 y 89.5 de la Ley de Consumidores.

Criterio que ha venido a ser ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019 cuando señala que la indeterminación en cuanto al tipo de gestión que se va a llevar a cabo, sin que pueda deducirse que ello generará un gasto efectivo, es lo que genera la abusividad de este tipo de cláusulas, ya que supondría sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de



lo previsto en los artículos 85.6 y 87.5 del texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, además de comportar una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues, siendo el Banco quien debería probar la realidad de la gestión y su precio, 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 podría incurrir en la prohibición prevista en el artículo 88.2 de la citada Ley.

Constatado, por tanto, el carácter abusivo de la cláusula, su declaración como tal comporta su expulsión del contrato, conforme a lo solicitado, con la obligación del Banco de restituir los importes percibidos según se determine en ejecución de sentencia.

SEXTO.- De lo anterior no se deduce, sin embargo, una estimación total de la demanda, sino sólo parcial, pues si bien es verdad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido siguiendo un criterio bastante consolidado conforme al cual, y como principio general, la estimación de una petición alternativa o subsidiaria supone una estimación total de la demanda a los efectos de la imposición de costas, excepto en los casos en que la petición alternativa o subsidiaria sea formulada genéricamente y con total falta de concreción pretendiendo convertirse en un subterfugio para eludir la aplicación del criterio legal del vencimiento objetivo, en este caso, pese a haberse articulado de forma subsidiaria y en virtud de distintas causas de pedir, en realidad lo que existe es una acumulación cuantitativa, de suerte que para el caso de no estimarse lo más, es decir, la nulidad total del contrato, se pide lo menos, esto es, su nulidad parcial con relación a determinadas estipulaciones, por lo que, al rechazarse la primera y acogerse la segunda lo que se produce esencialmente es una estimación parcial, con la consecuencia de que no procede hacer imposición de las costas causadas en primera instancia al resultar de aplicación lo dispuesto por el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que tenga nada que ver con ello el principio de efectividad en la protección del consumidor frente al uso de cláusulas abusivas a que se refiere la STJUE de 16 de julio de 2020 cuando se estima su pretensión de nulidad pero no se acoge íntegramente la restitución de cantidades solicitada, pues en este caso la pretensión que se rechaza es la principal, que nada tiene que ver con el control de abusividad de las cláusulas, y la que se acoge es la subsidiaria que sí tiene que ver con dicho control pero sin establecer ninguna restricción sobre las cantidades que deben restituirse.

SEPTIMO.- La estimación del recurso conlleva que no deba condenarse en las costas del mismo a ninguno de los litigantes, de conformidad con lo establecido por el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo con fecha 26 de febrero de 2020 en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 844/2019, que se revoca, y en su lugar, desestimando la petición principal de la demanda formulada por Camino frente a dicha recurrente, y estimando la subsidiaria, se declara la nulidad de la cláusula del contrato de tarjeta de crédito suscrito por los litigantes que faculta a la entidad financiera a modificar unilateralmente las condiciones del contrato y de la que establece una comisión por reclamación de cuota impagada o posiciones vencidas, condenando a la demandada a eliminarlas del contrato y a reintegrar a la demandante todas aquellas cantidades que hubiera percibido como resultado de las modificaciones introducidas en el contrato que representen un incremento respecto de las obligaciones inicialmente asumidas al tiempo de suscribirlo, y a restituirle los importes percibidos por la citada comisión, según se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvase 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 este 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.