



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00266/2023

Modelo: N10250  
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757  
Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2022 0004906  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000 /2022  
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.10 de OVIEDO  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000484 /2022

Recurrente: [REDACTED], CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER  
E.F.C. E.P. S.A.,  
Procurador: MARIA ARANTZAZU PEREZ GONZALEZ, [REDACTED]  
Abogado: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS, [REDACTED]  
Recurrido: EOS SPAIN SL  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]

**RECURSO DE APELACION (LECN) 768/22**

En OVIEDO, a veintidós de Mayo de dos mil veintitrés. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Riaza García, Presidente, D<sup>a</sup> Marta M<sup>a</sup> Gutiérrez García y D. Antonio Lorenzo Álvarez, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA**

En el Rollo de apelación núm. [REDACTED]/22, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número [REDACTED] se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 10 de Oviedo, siendo apelante **DOÑA [REDACTED]** demandante representado por la Procuradora Sra. MARIA ARANZAZU PEREZ GONZALEZ y asistido por el Letrado Sr. LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS y **CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER E.F.C. E.P. S.A** demandado en primera instancia, representado



Firmado por: JAIME RIAZA GARCIA  
22/05/2023 10:04

Firmado por: MARTA M. GUTIERREZ  
GARCIA  
22/05/2023 10:11

Firmado por: ANTONIO LORENZO  
ALVAREZ  
22/05/2023 10:50

por el Procurador Sr. [REDACTED] y asistido por el Letrado Sr. [REDACTED]; como parte apelada **EOS SPAIN SL**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. [REDACTED] y asistido por la Letrada Sr. [REDACTED]; ha sido Ponente **el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Riaza García.**

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm.10 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 05.10.22, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*“Que se **ESTIMA íntegramente** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez en representación de Dña. [REDACTED] frente a Caixabank Payments & Consumer, EFC, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] y:*

*? Se declara la nulidad del contrato suscrito entre las partes el 15 de marzo de 2018 por su carácter usurario, con las consecuencias establecidas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura.*

*? Si resultare cantidad alguna a favor de la actora, devengará el interés legal desde la interposición de la demanda y hasta la fecha de la presente sentencia y desde ésta y hasta el completo pago, los establecidos en el artículo 576 de la LEC.*

*? Se condena a la parte demandada al abono de las costas judiciales.*



Se **DESESTIMA íntegramente** la demanda frente a Eos Spain, S.L. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED], con imposición de costas a la parte actora.”

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte la representación procesal de **DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]** y de **CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER E.F.C. E.P. S.A**, del cual se dio el preceptivo traslado a las 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 16.05.23.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta contra la concedente del crédito al amparo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los préstamos usurarios, por reputar que el de crédito concertado el 15 de marzo de 2018 con un interés mensual de 1,45% determinante de una Tasa Anual Efectiva del 18,85% era notoriamente superior al dinero representado por la media de los créditos al consumo que en esa fecha era el 7,96%.

En cambio estimó la excepción de falta de legitimación activa esgrimida por el fondo adquirente del crédito pendiente de devolución al tiempo de la cancelación de aquel negocio e impuso a la demandante las costas causadas en la instancia a dicho litigante.



Interpone recurso la actora invocando que la opacidad de las codemandadas le había impedido discernir si lo convenido había sido una cesión de contrato o una simple cesión del crédito y que ello debería haber excusado su condena en costas.

Hace lo propio la entidad de crédito condenada alegando la infracción del principio de especialidad proclamado por la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020, habida cuenta que el contrato consistía en una línea de crédito permanente, de modo que el interés pactado debía compararse con la media de las tarjetas de crédito rotatorio o revolvente que en esa fecha era incluso superior al aplicado por la apelante, de manera que en modo alguno podría concluirse que el contrato era usurario.

En lo demás dio por reproducido su alegato sobre la transparencia, validez y eficacia de las cláusulas contractuales cuestionadas por la demanda.

**SEGUNDO.-** El objeto de la impugnación de la sentencia deducida por la demandante ha sido analizado, entre otras, en nuestra reciente sentencia de 4 de julio de 2022, Rollo 99/22, en la que, con cita de precedentes expusimos que la legitimación, hoy expresamente regulada en el art. 10 de la L.E.C, exige, como así resulta del tenor literal de tal precepto, por lo aquí interesa, que quien comparezca como parte sea la titular de la relación jurídico material objeto del mismo, de ahí que la apreciación de su falta exige que la demandada no aparezca como titular del derecho que intenta hacer valer en el (STS 2 de julio de 2008, con amplia cita de precedentes). Esta legitimación sustantiva o ad causam constituye por ello no solo un presupuesto procesal sino de la propia acción, y en

cuanto tal al tratarse de una cuestión que al fondo del asunto corresponde, no puede ser nunca examinada "a limine litis" sino una vez concluido el proceso en la sentencia y según lo alegado y probado en relación a la misma. La legitimación procesal constituye un requisito que condiciona la eficacia del proceso y se circunscribe a la afirmación de la titularidad del derecho y correspondencia entre la titularidad afirmada y las consecuencias jurídicas pretendidas, esto es, en síntesis, la coherencia de la posición subjetiva que se invoca con las peticiones que se deducen, ( SS. 31 de marzo de 1.997 ; 11 de mayo de 2.000 ; 12 de mayo y 28 de diciembre de 2.001 ; 11 de marzo de 2.002 ; 19 de abril de 2.003 ; 13 de febrero y 21 de abril de 2.004 ; 20 de febrero , 30 de marzo , 25 de abril y 24 de noviembre de 2.006 , entre otras); en cambio, no se extiende a la existencia de la titularidad del derecho, situación jurídica o interés afirmado, -atribución subjetiva-, que es tema relacionado con el fondo del asunto, y que, confundido con el mismo, o de examen previo, condiciona la existencia de la acción, y no afecta a la eficacia del proceso.

Es así que la cesión de contrato "entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral, en el que necesariamente han de intervenir el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión".

Por el contrario, cuando una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación, lo que se cede es el derecho de

crédito que tiene frente a la otra, y para ello no necesario el consentimiento del deudor, ni siquiera su conocimiento, al punto que la notificación prevista en el artículo 1527 del Cc. debe entenderse enlazada con lo dispuesto en el artículo 1164 de ese mismo cuerpo legal y sirve exclusivamente para dilucidar la legitimidad del pago realizado al primitivo acreedor antes de conocer la cesión.

Así la doctrina más reciente tiene dicho que la cesión de crédito es un negocio de disposición, bilateral, cuyos sujetos son el antiguo acreedor, cedente, y el nuevo, cesionario, de modo que es necesario el consentimiento de ambos, pero no el del deudor cedido, al que tan sólo debe notificarse la cesión para impedir su eventual liberación con el pago al acreedor cedente, que establece el art. 1527 del Código Civil (sentencia núm. 829/2004, de 13 de julio, y 679/2009, de 3 de noviembre y de 30 de septiembre de 2015, entre las más recientes).

Se trata de un negocio puramente consensual y no sujeto a formalidad alguna, siendo suficiente pacto oral o incluso tácito, permitiéndose incluso la cesión por tercero sin autorización con la mera ratificación (a ello se refieren las SSTs de 22 de diciembre de 1977 y de 25 de marzo de 1968).

Tampoco precisa de traspaso posesorio a modo de tradición, pese a la ubicación sistemática de su regulación junto con el contrato de compraventa, ya que "la entrega de los derechos va aneja al título, desde cuyo momento el cesionario puede ejercitar los derechos adquiridos" (STS de 4 de diciembre de 1954).

Así pues únicamente exige que el cedente tenga efectivamente la condición de acreedor, que se trate de un derecho transmisible en los términos del Art. 1112 Código civil, , y que exista en el momento de la cesión, si bien no es necesario que esté ya liquidado (así lo señalan las SSTs de 18 de mayo de 1993, y de 12 de noviembre de 1992).

En definitiva, la cesión de crédito no transmite las obligaciones del cedente y por tanto será este a quien deba demandarse su cumplimiento.

Aunque irrelevante en este caso, debe añadirse que el crédito podrá ser una deuda monetaria o de otra clase (sentencia de 31 de octubre de 2008, reiterada en la de 1 de abril de 2015)

La configuración trilateral de la cesión de contrato ya debería haber alertado al actor de que lo acontecido entre las codemandadas fue una simple cesión de crédito, pues el deudor no había sido llamado a prestar consentimiento a la transmisión de ese derecho, de modo que la acción de nulidad contractual debía en principio dirigirse frente a CAIXABANK CONSUMER FINANCE EFC S.A., esto es contra aquel con quien se contrató.

Sin embargo tampoco puede obviarse que la nulidad del contrato concertado entre CAIXABANK CONSUMER FINANCE EFC S.A. y Dña. [REDACTED] acarrearía como efecto reflejo la nulidad del de cesión de crédito entre aquella y EOS SPAIN S.L. pues "es doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala, la que determina que la nulidad de los contratos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de 1908, es la radical ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes y como consecuencia de

ello, si la convención inicial que aparece en el contrato en cuestión es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 del CCivil, en relación al artículo 6-3 de dicho Cuerpo legal, por lo que cabe, por tanto, decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar (sentencias de 26 de octubre de 1959, 30 de diciembre de 1.987, 28 de octubre de 2004 y 20 de noviembre de 2008).

Es más, el artículo 31 de la Ley de Créditos al Consumo prevé que cuando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito, o el propio contrato, sean cedidos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra este último las mismas excepciones y defensas que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida la compensación, y por tanto no ofrece duda que el adquirente del crédito está legitimado para defender la validez del negocio primitivo; sin embargo es oportuno señalar que, con independencia de lo que antecede, el adquirente también podría pedir que se citara de evicción al vendedor del crédito para conservar la acción de saneamiento frente a este, pues así lo dispone el artículo 1482 del Código Civil.

De todo ello se desprende que no estamos ante una situación de falta de legitimación pasiva porque EOS SPAIN podría haber asumido en nombre propio la defensa del contrato original, para así conservar la validez y eficacia la de la posterior cesión del crédito nacido del mismo; tampoco puede hablarse propiamente de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse llamado al pleito desde un principio a CAIXABANK, pues la cita de evicción es un derecho del comprador que este podrá

accionar o por el contrario obviar a costa de perder su derecho al saneamiento por evicción.

Así las cosas, concluimos que EOS SPAIN S.L. fue a convocado a un juicio en el que tenía un interés legítimo y podría haberlo defendido por sí, o en conjunto con CAIXABANK CONSUMER FINANCE EFC S.A., y por tanto, no existe razón para un pronunciamiento diferenciado en costas, lo que nos llevará a posponer la decisión sobre este particular a la que tomemos sobre el recurso deducido por la prestamista.

**TERCERO.-** Entrando en el recurso interpuesto por la codemandada CAIXABANK, tendremos que tomar en consideración que la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 matizó la doctrina impartida en la de 23 de noviembre de 2015 señalando que "la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse 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. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con las tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago etc.) pues estos rasgos son comunes son determinantes del precio del crédito, esto es de la TAE del interés remuneratorio."

Para establecer lo que se considera «interés normal» la sentencia de 25 de noviembre de 2015 indicó que “puede” acudirse 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.

La posterior de 4 de marzo de 2020 insistió en la bondad de ese parámetro de comparación razonando que “Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados

Y por último la de 25 de febrero de 2023 ratifica inequívocamente que el juicio de proporcionalidad debe hacerse en función de la estadística antes mentada pero, claro está, tomando en consideración la categoría más específica con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias.

Es así que el contrato examinado era un crédito por importe de 2.000 € a devolver en sesenta mensualidades, con un tipo de interés nominal del 17,40% y una TAE del 18,08%. debe compararse con el TEDR correspondiente a los créditos al consumo con plazo de uno a cinco años que, a la fecha de la contratación, era el 8,299%.

Es verdad que el TS ha sancionado una diferencia ligeramente superior a los seis puntos, pero solo en relación con las

tarjetas de crédito y tras constatar que la media de este producto ya era por sí mismo muy elevada, de modo que el Alto Tribunal concluye que, en relación a las tarjetas de crédito, solo podía tolerarse un incremento moderado.

Por el contrario el interés en las operaciones de consumo en general es sensiblemente inferior y por tanto, a sensu contrario, tendremos que concluir caben mayores diferencias sobre la media, máxime teniendo en cuenta que se trata de un mercado inspirado en el principio de la libre competencia en el que las restricciones a la autonomía de la voluntad deben ser excepción.

En el supuesto que nos ocupa el tipo de interés nominal y la tasa anual efectiva duplican la media del mercado del producto específico que nos ocupa, pero, incluso así, son claramente inferiores a otras operaciones de crédito al consumo, y ello nos lleva a concluir que la diferencia no es tan importante como para calificar el interés contractual como notoriamente superior al normal del dinero, de modo que se desestima el segundo motivo del recurso y examinaremos la alegada falta de transparencia de las cláusulas reguladoras del interés, plazo y límite del crédito.

**CUARTO.-** Es sabido que conforme al art. 4 -2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, quedan al margen del control de contenido aquellas cláusulas referidas "a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida" pues la Directiva no pretende alterar las reglas de la libre competencia en el mercado y por tanto el

profesional o empresario es libre para establecer el precio por el que ofrece sus productos y servicios.

Ello no obstante ese punto de partida no implica que dichas cláusulas queden al margen de todo control judicial, antes bien la Directiva y nuestro derecho interno prevén que las condiciones generales empleadas en la contratación con consumidores deben redactarse por otra de manera clara y comprensible, de modo que podrá declararse la exclusión del contrato de aquellas que, refiriéndose al objeto principal del contrato, sean oscuras o ambiguas, al punto que el consumidor pueda ser inducido a error sobre la carga económica y jurídica que asumirá si se adhiere a las cláusulas predispuestas por el empresario.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales a la que se refieren los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse exclusivamente al carácter comprensible en un plano formal y gramatical de la cláusula de que se trate. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, apartado 50).

Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato

exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciu y otros, C-186/16, apartado 45).

El Tribunal de Justicia ha destacado a este respecto la importancia fundamental que para el consumidor tiene disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración porque habitualmente el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50 y sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 47 y jurisprudencia citada).

Asimismo, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciu y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54). Es decir así, a sensu contrario, debe entenderse que una cláusula contractual cuyo efecto desequilibrante únicamente se manifieste en virtud de circunstancias

sobrevenidas durante la ejecución del contrato no podría ser considerada abusiva.

En consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor.

La STS de 20 de enero de 2020, con cita de precedentes, hace un resumen del alcance de este control de inclusión y transparencia formal, razonando que mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato, de manera que conforme al art. 5 de la LCGC: a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que: a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido

firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5. b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta Sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato y que cuente con una redacción clara, concreta, sencilla, que permita una comprensión gramatical normal sin necesidad de un estudio profundo o en detalle, y que además no se vea desvirtuada por otras que alteren las prestaciones que el consumidor pudo y debió racionalmente prever al aceptar dicho condicionado general.

Siguiendo con esas consideraciones de carácter general cabe señalar en primer término que las cláusulas relativas al modo del cálculo del tipo de interés y de la tasa anual equivalente han sido incluidas en el condicionado general por exigencias de la propia Ley de Créditos al Consumo y en los términos definidos por ese texto legal y demás legislación complementaria; en segundo lugar, es también necesario ponderar que se trata de información compleja por razón de la materia, de manera que puede resultar de difícil inteligencia para quienes tienen un conocimiento matemático-financiero básico o rudimentario, como sucede al común de los ciudadanos, pero no por ello puede tachárselas de oscuras o ininteligibles; ello es así porque el control de transparencia vela por que el condicionado controvertido no añada una complicación adicional innecesaria a lo que de por sí ya resulta complejo, y sirve para sancionar aquellas cláusulas que desvirtúen, oscurezcan o difuminen de cualquier otro modo la información relevante sobre el coste total del crédito, pero no puede trascender de esos límites.

Pues bien, en este caso obra en autos el documento firmado por el demandante en el que reconoce haber recibido la información precontractual preceptiva y no ofrece la más mínima duda de

que el consumidor recibió una copia de las condiciones generales antes de firmar su adhesión a las mismas, de manera que únicamente nos resta dilucidar si la cláusula correspondiente está redactada con la concisión, claridad y sencillez exigidos por la norma.

Ciñéndonos por tanto a los términos del contrato, constatamos que la condición general quinta indica lo que sigue:

*El saldo deudor del crédito devengará intereses a favor de Caixabank Consumer Finance al tipo de interés nominal anual que se indica en las Condiciones Particulares, a excepción de los importes correspondientes a disposiciones que obedezcan a operaciones con la modalidad de pago fraccionado, en cuyo caso el tipo de interés nominal anual aplicable será aquel acordado para la Disposición Especial de que se trate.*

*Estos intereses se calcularán día a día sobre el saldo deudor actualizado liquidándose mensualmente por el importe total obtenido según la siguiente fórmula*

$$I = \sum_{N=1}^{\text{Dias}} \frac{CP^n \times TIN}{36000}$$

*Donde I = Intereses del mes del periodo*

*CP<sup>n</sup> = capital pendiente del día n*

*TIN = Tipo de interés anual, en base 360 días, expresado en tanto por cien, y*

*Días = Días de los meses del periodo.*

Pues bien, aunque en este caso el crédito se acogió a la modalidad de Disposición Especial, ello afecta al tipo de interés pero no a la fórmula prevista para la liquidación del interés, que contempla como divisor el año comercial de 360 días, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el dividendo dado que se emplean los naturales transcurridos desde la última liquidación; esa fórmula de cálculo tiene influencia en el coste real del préstamo, carente de toda justificación técnica en estos momentos y hace que no supere el filtro de transparencia reforzada pues lleva aparejado un aumento artificial de la cuota para el prestatario, y con ello un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, que justifica por ello en este caso la declaración de abusividad, como sugería la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 y, en el ámbito nacional o interno tiene dicho el TS en su sentencia de 25 de mayo de 2021, reiterada en la de 29 de marzo de 2022.

Así en la precitada sentencia de 25 de mayo de 2021 el TS argumentó que, si bien era cierto que "durante un largo tiempo la utilización de la base de cálculo 365/360 días se consideró como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de noviembre de 1950, determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2 CCom. Y como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 1992 y 1993, que indicaban que:

«la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario».

Sin embargo, el propio Banco de España modificó su criterio y, como mínimo desde el año 2016, viene considerando que la utilización del sistema 365/360 no podía quedar amparado como uso bancario, porque:

«a) la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna; b) se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal; c) adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exige actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, pendiente de transposición a nuestro ordenamiento nacional».

Por ello el TS, asumiendo que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se había pronunciado reiteradamente en contra de la utilización del método de cálculo 365/360, al

punto de reputar que el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses constituía una conducta contraria a una buena praxis financiera, advirtió en la precitada sentencia de 25 de mayo de 2021 que lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista.

Sin embargo en el caso que nos ocupa debe ponderarse también que las Condiciones Especiales de la póliza especificaron que todas las cuotas del préstamo, desde la primera a la última, serían por importe de 50,14 € por lo que, desde esta perspectiva de la transparencia, poco más puede exigirse para trasladar al consumidor una representación fiel y exacta del coste total del crédito.

Del mismo modo debe advertirse que el sistema de pago contratado fue "Fraccionado y Especial" en tanto que, reiteramos, se contemplaba la devolución en sesenta plazos mensuales; pues bien, con arreglo a la condición general

segunda, esa modalidad contractual excluye expresamente la recomposición del crédito, de manera que huelga cualquier consideración adicional a este respecto y ello comportará inevitablemente la desestimación de la segunda de las pretensiones deducidas en la demanda.

**SEXTO.-** Ciertamente hemos indicado en aquellas ocasiones en que nos enfrentábamos a controversias similares que la normativa que regía las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades de bancarias con sus clientes viene constituida, esencialmente, por la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España num. 8/1990, de 7 de septiembre, pues la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio.

La normativa en cuestión reseña que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente", añadiendo después que "En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos...". "

Esas directrices son reproducidas en la Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la que se dispone:

"1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular. Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la Entidad realiza habitualmente. Podrán excluirse de las tarifas las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y las que puedan corresponder a garantías crediticias, a aseguramiento de emisiones privadas y a servicios de factoraje sin recurso. No obstante, podrán incluirse en las tarifas, con carácter indicativo, comisiones para estos servicios, sin perjuicio de que se les aplique en cada caso el tipo pactado. En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados.

2. Las Entidades no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos. Se exceptúan de esta regla las comisiones señaladas expresamente como indicativas, según lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado precedente...

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

Incide además sobre este particular la Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación cuando exige que la cláusula o condición general se haya pactado expresamente por las partes y, además, que la cláusula sea clara y precisa, para garantizar que el adherente conozca o al menos haya tenido oportunidad de conocer las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y que éstas resulten lo suficientemente comprensibles, considerando tales cláusulas como incluidas en el contrato sólo cuando el adherente acepte su incorporación al mismo y éste sea firmado por todos los contratantes sin que haya duda sobre la aceptación de tales cláusulas por parte de los contratantes. Se excluyen en consecuencia todas aquellas comisiones de origen exclusivamente unilateral, al exigirse que las comisiones nazcan del previo convenio o acuerdo expreso entre las partes y, además, desde el plano formal, con la exigencia de que el contenido de tal acuerdo ha de reunir los requisitos de claridad, precisión y transparencia para su correcta comprensión por la parte adherente.

De tal acervo normativo se puede extraer que para que una cláusula reguladora de una comisión bancaria, contenida en un contrato bancario, tenga plena validez en derecho es necesario: 1º.) que dicha cláusula haya sido pactada en forma; 2º) que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido; y 3º.) que dicho servicio haya sido aceptado o solicitado por el cliente.

Y por último, como no, cuando el receptor del préstamo es un consumidor, entra en juego también la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 bis exigía que las cláusulas no negociadas individualmente relativas a los productos o servicios ofertados a los

consumidores deberían cumplir, entre otros, el requisito de la "Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas."

Así pues reafirmaremos que correspondía a la apelante haber demostrado la efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar, porque en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", de forma que gravita sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos gastos habidos, con indicación concreta de su concepto, cuantía y fecha.

El Banco defiende la validez de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas invocando el principio de la autonomía de la voluntad, con lo cual desenfoca doblemente la perspectiva desde la que debe examinarse el asunto porque, como acabamos de precisar, la normativa tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios permite un control del contenido de las condiciones generales predispuestas por el empresario que no definan el objeto principal del contrato declarando nulas, entre otras, las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6) o impliquen "la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (Art. 87.4)".

Pues bien, este Tribunal había señalado reiteradamente que la reclamación de posiciones deudoras vencidas no implica ningún servicio para el consumidor, antes bien encubre una auténtica cláusula penal cumulativa a la de descubierto, que, enjuiciada en abstracto, se devenga de forma automática por ínfimo que

sea el incumplimiento del deudor, de modo que vulnera de forma inequívoca lo dispuesto en el artículo 85.6 del texto refundido; es más, si se entendiera que la comisión pretende remunerar el aviso o advertencia del Banco a su cliente por una involuntaria entrada en mora, la cláusula infringiría lo dispuesto en el segundo de los preceptos antes comentados por tratarse de un servicio no solicitado.

Esa tesis ha sido confirmada recientemente por la sentencia del TS de 25 de octubre de 2019 en la que, haciéndose eco de la del TJUE de 3 de octubre de 2019, se precisó que para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Ello es así porque cuando el contrato es celebrado con un consumidor el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, pero sí 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".

Sin embargo la cláusula controvertida en aquel asunto y la que ahora nos ocupa prevén que podrá reiterarse y se plantea como

una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

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 y por todo ello se desestima este motivo del recurso.

**SÉPTIMO.-** Estimados en parte el recurso, la impugnación y la demanda, De conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

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

F A L L O

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **DÑA.**  
[REDACTED] y  
haciendo lo propio en parte con el deducido por **CAIXABANK  
CONSUMER FINANCE EFC S.A.**, ambos contra la sentencia  
dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo en  
los autos de que este rollo dimana, declaramos nula la  
condición general vigésimo cuarta del contrato de crédito  
concertado entre las dos primeras, condenando a CAIXABANK a la  
devolución de cuantas cantidades hubiere cobrado por tal causa  
a la demandante, que devengarán el interés legal del dinero,  
por el importe y desde la fecha de cada uno de los cargos.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de ambas  
instancias y devuélvanse a las apelantes los depósitos  
respectivamente constituidos para recurrir.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de  
veinte días recurso extraordinario por infracción procesal  
y/o, casación, 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 pronunciamos, mandamos y  
firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

