



AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA OVIEDO

SENTENCIA: 00158/2021

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3

-

Teléfono: 985968737 Fax: 985968740

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JMI

N.I.G. 33037 41 1 2020 0000860

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000 /2021

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MIERES

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 /2020

Recurrente: SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGOS E.F.C. S.A.U.

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

NÚMERO 158

En OVIEDO, a veintidós de Abril de dos mil veintiuno, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, D. Juan Carlos Llavona Calderón y D. Javier Alonso Alonso, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número /2021, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 282/2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Mieres, promovido por **SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGO E.F.C., S.A.U.**, demandada en primera instancia, contra D. [REDACTED], demandante en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Alonso Alonso.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Mieres se dictó Sentencia con fecha diecinueve de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: JAVIER ALONSO ALONSO
23/04/2021 09:21
Minerva

Firmado por: FCO. ARTURO TUERO
ALLER
26/04/2021 12:37
Minerva

Firmado por: JUAN CARLOS LLAVONA
CALDERON
26/04/2021 13:29
Minerva

Firmado por: MARIA EUGENIA
MENENDEZ ROBEDO
26/04/2021 13:44
Minerva

Febrero de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**SE ESTIMA** la demanda interpuesta por D. [REDACTED] contra Servicios Prescriptor y Medios de Pago EFC, S.A.U. por lo que **debo declarar y declaro** la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito de 21 de diciembre de 2016, estando obligada la parte demandante a entregar únicamente la suma recibida, y, en consecuencia, **debo condenar y condeno** a la demandada a abonar al actor todas las cantidades que hubiera aplicado en exceso del capital prestado, más el interés legal, según se determine en ejecución de sentencia, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.".-

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 veinte de Abril de dos mil veintiuno.-

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declaró la nulidad del contrato de tarjeta de crédito *revolving* concertado por las partes en el mes de diciembre de 2016, en el que se fijaba un interés remuneratorio del 21% T.A.E., y ello al reputar usuraria esa retribución, considerando que presenta una desviación notoria del tipo usual existente en el mercado en la fecha de la contratación, que, por lo que asumen las partes, era del 20,84 % T.E.D.R. Para ello razonaba, de un lado, que, pese a la T.A.E. que figuraba en el contrato, en su cálculo no se habían comprendido las comisiones por disposición de efectivo y transferencia de fondos igualmente contempladas, por lo que en realidad el interés aplicado era superior al citado; y, de otro, que así lo venían a demostrar los extractos aportados, en los que figuraba un porcentaje del 23,33 % y del 23,53 % C.E.R. Algo de lo que discrepa la entidad recurrente, quien sostiene la errónea apreciación de la prueba y la indebida aplicación del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 para interesar la revocación de aquella, no sin dejar de aludir a la existencia de dudas de derecho que, en su entender, deberían llevar a revocar la condena en costas que le impuso la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Esta Sala no comparte la valoración de la prueba que realiza la sentencia de instancia, ni, con ello, la conclusión de que el tipo de interés pactado es notablemente

superior al normal existente en el mercado a la fecha de celebración del contrato. En efecto, con el argumento de que en la T.A.E. pactada no se incluyen las comisiones mencionadas parece asumirse la tesis que exponía el actor en la demanda -y en la que insiste al oponerse al recurso- de que, sumando el porcentaje de estas (un 4%), la T.A.E. alcanzaría el 25%, con una conclusión que, sin embargo, se desvirtúa considerando que, como decíamos en nuestras sentencias de 27-11-2020 y 10-12-2020, esa tasa responde a una fórmula matemática legalmente establecida que no puede suplirse con el simple recurso de sumar a la misma el porcentaje de aquellas comisiones. Por otra parte, tampoco la contemplación del porcentaje del coste efectivo remanente (C.E.R.) puede servir para sostener que la T.A.E. "real" del contrato era otra distinta de la pactada, porque ese dato representa el coste del crédito considerando exclusivamente el plazo pendiente hasta su vencimiento o amortización y el coste que resta por abonar si la operación sigue su curso normal (así, norma 13ª, ap. 3, de la Circular 5/2012 de 27 de junio). Esto es, ese coste es una magnitud que puede variar en función de ese plazo que reste sin alterar necesariamente por ello el tipo de interés que se satisface, tal y como, por lo demás, resulta de los propios extractos aportados, en los que puede verse que en el inicio de la vida del contrato ese coste era idéntico al tipo de interés pactado, en tanto después efectivamente pasó a fluctuar al realizarse sucesivas disposiciones, pero en todo caso manteniendo el mismo tipo de interés nominal. En definitiva, lo que se pactó fue un interés del 21% T.A.E. y ninguna constancia hay de que se haya aplicado otro distinto.

Y, siendo así, el aludido interés no puede considerarse notoriamente superior al normal de mercado, cuando, siguiendo el criterio que dejó sentado la STS de 4-3-2020, y, por tanto, empleando los datos específicos de las tarjetas de crédito *revolving*, la diferencia entre el pactado y el existente en el mercado en aquella fecha es mínima (un 0,16%), sin que pueda apreciarse, pues, desviación alguna de lo que usualmente se aplicaba en la fecha de contratación. A lo que resta por añadir que ninguna incidencia aquí la separación en el contrato de las aludidas comisiones, aunque solo sea porque el tipo publicado en aquella fecha por el Banco de España es el correspondiente al tipo efectivo de definición restringida (T.E.D.R.), que es equivalente a la T.A.E. sin incluir tampoco comisiones.

En consecuencia, pues, se impone estimar el recurso en este extremo, dejando sin efecto la nulidad del contrato por usuario que apreció la sentencia recurrida.

TERCERO.- Además de esa pretensión principal, en la demanda se añadía la subsidiaria de obtener la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas relativas al tipo de interés y comisión de reclamación, no analizadas en la sentencia de instancia y en cuyo examen ha de entrarse ahora.

Pues bien, comenzando por las previsiones relativas a los intereses remuneratorios, en las citadas sentencias de 10-12-2020 (rec. nº 521/2020) y 27-11-2020 (rec. 481/2020) nos pronunciamos sobre contratos similares al de autos concertados con la misma entidad, concluyendo en la nulidad de las cláusulas, también semejantes, en las que se preveían tales intereses, con una solución que por igual se alcanza en el presente. Y ello porque:

(i) No se pone en cuestión que, como se decía en la demanda, el contrato está concertado con un consumidor, ni que las previsiones cuestionadas no fueron negociadas individualmente.

(ii) Aunque en la demanda se aludía a las exigencias de claridad en la redacción de esas cláusulas y al tamaño de letra, en realidad no llega a negarse en cualquier extremo su correcta incorporación al contrato, ni la comprensibilidad gramatical de las mismas.

(iii) Lo que se cuestiona ahí es la falta de transparencia real para terminar solicitando la declaración de nulidad por abusivas, aunque con algún argumento que es de difícil asunción. No cabe decir, así, que la jurisprudencia que se cita "cierra la puerta" al enjuiciamiento de la abusividad de este tipo de cláusulas, pero no al de la transparencia, cuando lo que resulta de ella es que el enjuiciamiento de la abusividad en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, como es el caso, únicamente es posible si carecen de aquella transparencia, entendida como la posibilidad de conocer con sencillez, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga económica que comporta la cláusula, así como la posición jurídica del adherente en el contrato (así, SSTS de 16-3-2021, 8-3-2021 o 21-1-2021, por citar las más recientes; y, en el ámbito comunitario, STJUE de 21-3-2013, asunto C-92/11; de 30-4-2013, asunto C-26/13; 25-2-2015, asunto C-143/13, o 23-4-2015, asunto C-96/14).

(iv) En sentencias de esta sala como la de 16-12-2020 recordábamos las características esenciales de estos créditos revolving en unos términos como los que hoy recoge la exposición de motivos de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio:

"El principal elemento que los caracteriza es que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. La cuantía de las cuotas puede variar en función del uso que se haga del

instrumento del crédito y de los abonos que se realicen por el prestatario.

Así, el límite de crédito establecido por el prestamista disminuye según se dispone de él, principalmente mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, transferencias del crédito concedido o liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se repone con abonos, en esencia mediante el pago de los recibos periódicos o la realización de amortizaciones anticipadas, si bien, en particular en el caso de los créditos asociados a un instrumento de pago, también se pueden producir devoluciones de compras que reponen igualmente el crédito disponible.

Las cuantías de las cuotas destinadas a la amortización del capital que el prestatario abona de forma periódica vuelve a formar parte de su crédito disponible (de ahí su nombre, revolvente o revolving), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática en cada vencimiento, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente.

Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. En ocasiones, si se producen impagos o la cuantía de la cuota periódica es muy baja y no cubre los intereses, estas cantidades se capitalizan mediante nuevas disposiciones del crédito que, a su vez, generarán intereses.

Estos créditos se comercializan mayoritariamente asociados a instrumentos de pago que prevén, de forma exclusiva o junto con otras modalidades de reembolso, la posibilidad de establecer una modalidad de pago aplazado flexible o revolving, lo que facilita su accesibilidad y la inmediatez en la realización de disposiciones del límite por el titular. En estos casos, aunque habitualmente el titular del instrumento de pago tiene la posibilidad de modificar su funcionamiento, pasando a operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes, las características de estos créditos pueden dar lugar a que la amortización del principal se realice con frecuencia en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo o incluso el riesgo de que la deuda se prolongue de manera indefinida". Esto es, lo que la citada STS de 4-3-2020 llega a calificar como crédito "cautivo".

(v) En la misma resolución destacábamos las exigencias normativas que se imponen (en la fecha de celebración del contrato de autos) para asegurar una correcta información sobre las consecuencias del crédito, señalando que: - . el artículo 8, apartado d), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece como uno de sus derechos básicos la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios; el artículo 20.1.b) dispone la necesidad de que la oferta

comercial de bienes y servicios incluya información sobre sus características esenciales, y el artículo 60.1 obliga al empresario, antes de contratar, a poner a disposición del consumidor y usuario, de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas; - dentro del ámbito de los contratos de crédito al consumo que regula la Ley 16/2011, de 24 de junio, y que comprende la concesión de un crédito, la apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, el artículo 10 establece la obligación de que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito faciliten de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito; y abundando en ello el artículo 11 dispone la obligación de facilitar al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago; - y la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la versión anterior a su modificación por la citada más arriba, regulaba en su artículo 6 el deber de facilitar toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares, precisando que dicha información debe ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y que deberá entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado, mientras que en el artículo 9 establece el deber de las entidades de crédito de facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera, explicaciones que comprenderán una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.

(vi) En el presente no puede decirse que el contrato cumpla, a la hora de determinar la retribución que satisface el cliente, con esas exigencias de transparencia, porque: - ni siquiera llega a sostenerse la existencia de cualquier información precontractual que haya auxiliado a comprender el contenido y alcance de lo que se pacta por vía electrónica, a través de un mensaje de teléfono (sms) con el que se dice

haber recibido las condiciones del contrato y aceptado sus términos; - lo que figura en el contrato es, en el apartado de condiciones económicas (2.1), el importe mínimo a satisfacer en cada mensualidad; así como el tipo de interés asociado a la modalidad aplazada de pago, (cláusula 2.3.) con un único ejemplo representativo de un supuesto con las mejores condiciones posibles, porque se refiere a una única disposición del crédito por un importe de 1.000 € a satisfacer en cuotas mensuales por un año. Y se dice que representa las mejores condiciones es porque el citado no es el límite del crédito (en la información normalizada que lo acompaña se recoge como tal el importe de 5.000 €), y, como es evidente, la finalidad esencial del contrato no está en la realización de una única disposición, llamada a restituirse en un plazo fijo como si de un simple préstamo se tratara, sino en la renovación constante del crédito, con una continuada recomposición de la deuda de la que, sin embargo, no hay mayor precisión en ese documento; - tampoco la hay en esa información normalizada en la que, por un lado, únicamente se dice que el crédito tiene una naturaleza revolvente sin cualquier otra precisión sobre el significado y consecuencias de ese término; por otro, y al definir el importe total a devolver, simplemente se indica que dependerá en cada momento del importe dispuesto y de las modalidades de pago, sin hacer advertencia alguna sobre la consecuencia que tienen las sucesivas disposiciones del crédito, y, en particular, la acumulación de los intereses en las cuotas con la consiguiente prolongación en el tiempo de su amortización; y, en cuanto al coste del crédito, simplemente se reproduce lo que señala el contrato en cuanto a las modalidades de pago y la T.A.E. aplicable, además del expresado ejemplo; - a ello se suma que el conocimiento de las consecuencias económicas se diluye aún más al separar las comisiones por disposición o transferencia de fondos de la composición de esa tasa, tal y como se indicaba más arriba; -y, con todo y en conclusión, no puede decirse que esos documentos ofrecieran, con la necesaria transparencia, una información adecuada para que quien los suscribía pudiera representarse con sencillez la carga económica que asumía, y, en particular, que lo que aceptaba era una modalidad de crédito de sencilla obtención, pero de difícil restitución, una vez que las sucesivas disposiciones comportaban, con el abono de las cuotas mínimas previstas y la sucesiva recomposición del crédito, el aumento del tiempo en que había de reintegrarse, y, con ello también, del importe final que había de satisfacerse.

(vii) En fin, en lo que se acaba de decir radica el desequilibrio importante que, en contra de las exigencias de la buena fe, ocasionan en perjuicio del actor las previsiones del contrato relativas al interés remuneratorio, agravadas, además por la fijación de un tipo que, aunque no resulte usurario, es elevado.

CUARTO.- En lo que concierne a la comisión de reclamación, el contrato prevé que "en cada ocasión en la que un pago no se haya satisfecho en la fecha de pago o cuando éste haya sido devuelto, EVOFINANCE cobrará un gasto de 30 Euros para compensar el envío de comunicaciones, gestión de regularización y demás acciones llevadas a cabo para la realización del cobro de dicha cantidad impagada". Y en la sentencia de esta Sala de 16-7-2020, en la que se enjuiciaba una cláusula idéntica a la presente contenida en un contrato concertado con la misma entidad, señalábamos:

"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 reciente 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".

Por lo que por igual ha de concluirse aquí en la naturaleza abusiva de la cláusula indicada.

QUINTO.- Por lo expuesto y por lo que disponen los arts. 82.1 y 83 del TRLDCU, se impone estimar la pretensión subsidiaria de la demanda, con la declaración de nulidad de las condiciones del contrato examinadas, la consiguiente expulsión del mismo, y la condena de la demandada a restituir cuantas cantidades haya recibido por su aplicación, con el aumento del interés legal devengado desde la fecha de cada cobro.



SEXTO.- La estimación de la petición subsidiaria de la demanda conlleva la imposición de las costas causadas en primera instancia a la demandada, conforme a lo dispuesto por el artículo 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como tenemos dicho en las sentencias de 16-12-2020 y 18-11-2020, aunque ese resultado no supone la nulidad de todo el contrato y sí de algunas de sus cláusulas, tiene un alcance económico similar por la relevancia de estas últimas, especialmente las que establecen el sistema de pago a crédito con la obligación de satisfacer intereses. Ello en coherencia, además, con lo que resulta de las SSTs de 6-10-2020 y 17-9-2020, pues, cuando la declaración de nulidad viene determinada por el carácter abusivo de las cláusulas, si el demandante consumidor tuviera que pagar los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si aquéllas no se hubieran incluido en el contrato.

SÉPTIMO.- Al acogerse el recurso, no cabe hacer imposición de las costas aquí causadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

F A L L O

Se estima el recurso de apelación interpuesto por SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGO (antes EVOFINACE) contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mieres con fecha 19 de febrero de 2021, en los autos de juicio ordinario seguidos con el número [REDACTED]/2020, que se revoca. Y, en su lugar, se estima la pretensión subsidiaria de la demanda formulada contra aquella por don [REDACTED], declarando la nulidad de las cláusulas del contrato relativas al interés remuneratorio y comisiones de reclamación, con la consiguiente expulsión del contrato y la condena de la demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de dichas cláusulas más los intereses legales desde su efectivo cobro, imponiendo, asimismo, a la demandada las costas causadas en primera instancia.

Sin pronunciamiento en cuanto a las costas causadas con el recurso.

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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.

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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS