

## Texto Integro

S E N T E N C I A núm. 403/2013

Ilmos. Sres.

D. VICENTE CONCA PÉREZ

D<sup>a</sup> AMPARO RIERA FIOL

D<sup>a</sup> MIREIA RÍOS ENRICH

En la ciudad de Barcelona, a treinta de julio de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario num. 185/2010, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Vilanova i la Geltrú, a instancia de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra D. Vicente, representado por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra y asistido por la Letrado

Doña Montserrat Serrano Bartolomé, quien formuló reconvención contra la entidad bancaria actora principal; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y actora reconviniendo contra la Sentencia dictada en los mismos el día 25 de noviembre de 2011, por la Sra. Juez del expresado Juzgado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la reconvención interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Fraile Antolín, en nombre y representación de Vicente, contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Molas Vivancos, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA VALIDEZ del contrato suscrito entre las partes en fecha 29 de abril de 2008. Las costas se imponen a la actora reconviniendo, Vicente.

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Molas Vivancos, en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra Vicente, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Nuria Fraile Antolín, DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado Vicente a abonar a la actora la cantidad de 24.629,89 euros. Esta cantidad devengará el interés de demora pactado al 24% desde la fecha de cierre de la cuenta a 24 de abril de 2009 hasta su completo pago. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y actora reconvencional mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2013.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

V

ISTO, siendo Ponente la Magistrado AMPARO RIERA FIOL.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Juzgadora de instancia señala que en el contrato de cuenta de tarjeta de crédito suscrito por las partes se pactó un límite máximo de 600 euros diarios y una única disposición mensual, debiendo efectuarse el pago en tres cuotas fijas mensuales, siendo clara y no ofreciendo posibilidad de error la información contenida en la publicidad, al indicarse que el Banco anticipa un crédito para atender a gastos extraordinarios, aplazando su devolución en tres mensualidades sin intereses, y que el propio demandado ha reconocido que dispuso de las cantidades que aparecen reflejadas en la documental aportada por la entidad bancaria, entre cuya actividad comercial se encuentran este tipo de contratos; por lo que no acoge los motivos de nulidad de dicho contrato alegados por el demandado y desestima la reconvención formulada con imposición de costas. Asimismo, considera que ha quedado acreditado que el demandado efectuó reintegros que superaban el límite pactado, y que consultaba los extractos de la cuenta a través de la página web del Banco, observando que le financiaban la operación, sin que comunicara al Banco discrepancia o reclamación alguna respecto de los extractos mensuales de mayo, junio y julio de 2008 de la tarjeta "tres meses sin", donde constan los importes adeudados que ahora se reclaman, por lo que, la cuantía adeudada asciende a la cantidad de 20.923,74 euros, conforme a la liquidación aportada.

Sin embargo, entiende que el contrato litigioso permitía a la actora reclamar hasta un máximo de 30 euros en concepto de gastos por la reclamación de posiciones vencidas, y no constando acreditado el importe de 120 euros fijado en la demanda, lo desestima, al igual que la reclamación de 70 euros en concepto de intereses ordinarios, al haberse pactado que los sistemas de reembolso establecidos no los generarían.

En cuanto a los intereses de demora, considera que el 24% anual aplicado no es abusivo, conforme a la doctrina que reseña, y concede la cantidad de 3.706,15 euros, a que ascienden los mismos desde el vencimiento hasta la fecha del cierre de la cuenta, reclamados en la demanda, y que se devengarán hasta el completo pago.

En consecuencia, estima parcialmente la demanda y condena al demandado al pago de la cantidad de 24.629,89 euros, más el interés de demora pactado al 24% desde la fecha del cierre de la cuenta a 24 de abril de 2009 hasta su completo pago, sin hacer especial imposición de costas, y desestima la reconvención condenando al actora reconviniente al pago de las costas.

**SEGUNDO.-** El demandado y actor reconvencional se alza frente a la sentencia dictada y, en síntesis, insiste en la nulidad del contrato "Tarjeta tres meses sin", al no coincidir sustancialmente el producto contratado con el aplicado, y por falta de objeto, reiterando los argumentos expuestos en su demanda reconvencional, así como en la pluspetición alegada de forma subsidiaria en base a que la cláusula que determina el interés de demora aplicable es abusiva.

Una nueva valoración de las actuaciones lleva a este tribunal a mantener la conclusión desestimatoria de la pretensión de nulidad del contrato litigioso sentada por la Juzgadora de instancia, cuyos acertados argumentos se comparten y no han quedado desvirtuados por las alegaciones en que se basa la parte apelante, que no hace sino reproducir las cuestiones que ya expuso en la reconvención que formuló y han encontrado adecuada respuesta en la sentencia apelada.

En efecto, el contrato suscrito por las partes no se trata de una operación financiera compleja, y la información facilitada con carácter previo por la entidad bancaria se corresponde con lo posteriormente pactado.

Las explicaciones expuestas en las cláusulas del contrato son claras y la condición particular segunda hace referencia al límite de crédito asociado. Poco hay que añadir a lo reseñado en la sentencia apelada, para evitar innecesarias repeticiones, sin que se aprecie falta de información, ni infracción de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores EDL 1988/12634 , que justifique la nulidad del repetido contrato. El actor reconviniendo realizó todas las operaciones reflejadas en el extracto bancario, no sólo voluntariamente sino con un propósito concreto, y visitaba diariamente la página web, según declaró, comprobando que las operaciones se le financiaban, no puede entenderse que de forma encubierta el Banco le incentivara el endeudamiento y, menos aun, que se le generaran una expectativas erróneas sobre la verdadera entidad del producto adquirido.

La cuestión relativa a la titularidad de los importes reclamados por la entidad bancaria actora ha sido perfectamente resuelta por la Juzgadora de instancia, y, ante la falta de nuevos argumentos en el recurso, procede rechazar sin necesidad de más fundamentos la petición de nulidad del contrato.

**TERCERO.-** Por el contrario, sí debe estimarse la pretendida nulidad de la cláusula que establece los intereses de demora al 24% por ser abusiva.

Para la resolución de esta cuestión es preciso partir de que no se ha discutido la condición de consumidor del demandado, y por tanto, de la aplicación al caso de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, debiendo examinarse a la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 EDJ 2012/109012 .

El invocado artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, se limita a los intereses de demora por descubiertos en cuentas corrientes, y al tratarse de una norma restrictiva no puede ser aplicado de forma analógica. Conforme al artículo 85.6 LGDCU EDL 1984/8937 , el interés moratorio deberá ser calificado de abusivo y por consiguiente nulo en la medida en que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

En la resolución dictada por este tribunal en el Rollo num. 366/12 indicábamos que 'Según se expone en la SAP Barcelona, Sección 16, de 25 de abril de 2013, "Enseguida se advierte que la eventual abusividad de la sanción impuesta al deudor moroso no se determina por sí misma sino que ha de fijarse en atención a la relación más o menos proporcionada que guarde con las restantes coordenadas del contrato (principalmente con el tipo de interés remuneratorio pactado, que se fija partiendo de un tipo base más una prima de riesgo, la cual toma en cuenta básicamente la duración del vínculo) y del contexto económico en que se enmarca (el índice de referencia más habitual en los contratos de interés variable, el euribor, se forma en atención al precio del dinero en el mercado interbancario de ámbito europeo), sin perder de vista que la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario)."

Así, para establecer si puede considerarse abusivo el interés moratorio pactado, debe analizarse si se trata de un interés desproporcionado como sanción del incumplimiento, lo que supone una comparación de dicha situación, la de incumplimiento, con las condiciones aplicables en caso de cumplimiento normal de la obligación.

En el presente caso el tipo de interés moratorio pactado en el contrato litigioso era de un 29%, y el interés nominal establecido era de un 7,30 anual.

Por tanto, el desequilibrio o desproporción entre el interés remuneratorio establecido en el título y el tipo que se asigna a los intereses moratorios es en este caso grave, pues excede no ya del remuneratorio incrementado en un 50%, criterio aplicado por la Juzgadora de instancia, sino de 2,5 veces el interés convencional, e incluso cualquiera que sea la medida o referencia que se tome, entre las de usual aplicación, dicho tipo del 29% merece un juicio negativo desde el punto de vista de la proporción que exige la normativa protectora de los consumidores y usuarios'.

En consecuencia, también en el presente supuesto los intereses moratorios al 24% deben considerarse efectivamente abusivos, y concurre la nulidad de la cláusula que los fija, sin que ello quede desvirtuado por las escuetas alegaciones que la entidad bancaria expone en su escrito de oposición al recurso.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a la posibilidad o no de moderación o integración de una cláusula abusiva, la mencionada STJUE de 14 de junio de 2012 EDJ 2012/109012 , resuelve que tal cláusula debe considerarse nula.

Al respecto, indicaba este tribunal en la sentencia antes reseñada que 'En su fundamento jurídico 69 establece que "Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase en este sentido el auto Pohotovost, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales".

Y, en el fundamento jurídico 71 concluye que "Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

Finalmente, recordar que la repetida STJUE de 14 de junio de 2012 EDJ 2012/109012 ya declara contrario a la citada Directiva el sistema procesal del juicio monitorio español en tanto impide al juez entrar a apreciar de oficio la posible existencia de una cláusula abusiva.

Por tanto, declarado el carácter abusivo de una cláusula contractual, en este caso la que establece los intereses de demora al tipo del 29%, la consecuencia, según la reseñada STJUE, es la nulidad total de la cláusula, sin producción de efecto alguno como no sea la aplicación del interés estrictamente legal, de conformidad con el artículo 1108 del Código Civil EDL 1889/1 .'

**CUARTO.-** Lo anterior lleva a la conclusión de que el recurso debe prosperar en parte y, manteniendo la desestimación de la reconvención y la estimación parcial de la

demanda, procede condenar al demandado a abonar a la entidad actora la cantidad de 20.923,74 euros, a la que se aplicarán los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, sin hacer especial imposición de costas en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC. EDL 2000/77463

La estimación del recurso conlleva que no se efectúe tampoco especial imposición de las costas ocasionadas en esta alzada, conforme establece el artículo 398.2 LEC. EDL 2000/77463

### FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Vicente, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia num. 7 de Vilanova i la Geltrú en los autos de Juicio Ordinario num. 185/10 de fecha 25 de noviembre de 2011, debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia, y manteniendo la desestimación de la reconvenición formulada por D. Vicente con imposición de costas al mismo, y la estimación parcial de la demanda deducida por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra D. Vicente, condenamos al demandado a abonar a la entidad actora la cantidad de 20.923,74 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial hasta su completo pago, sin hacer especial imposición de las costas de la demanda principal, ni de las de este recurso. Se decreta la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal, conformedisponen los artículos 468, 477.2.3º y siguientes, y Disposición Final 16 LEC EDL 2000/77463 , que se interpondrá ante este tribunal en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos.

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.