

## Texto Integro

SENTENCIA núm.: 845/13

ILUSTRISIMO SR.

MAGISTRADO

DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO

En Vigo, a veintiséis de diciembre de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de JUICIO

VERBAL 0000450 /2011, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de REDONDELA, a los que ha correspondido el

Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000631 /2012, en los que aparece como parte apelante, DON Damaso, representado por

el Procurador de los tribunales, DOÑA MARÍA DEL CARMEN LOPEZ DE CASTRO, asistido por el Letrado D. JOSÉ CARLOS

PINTOS BARREIRO, y como parte apelada, " CITIBANK ESPAÑA", representado por el Procurador de los tribunales, DON ANDRES

GALLEGO MARTIN-ESPERANZA, asistido por el Letrado DON DAVID URRUTIA SALGADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Redondela, se dictó sentencia de fecha 27-01-12, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por CITIBANK ESPAÑA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Andrés Gallego Martín-Esperanza, contra D. Damaso, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen López de Castro, y CONDE NO al citado demandado a satisfacer a la actora la cantidad de CUATRO MIL CIENTO SETENTA EUROS CON VEINTIUN CÉNTIMOS (4.170,21 euros), más los intereses legales y las costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por el Procurador D<sup>a</sup> María del Carmen López de Castro, en nombre y representación de don Damaso, se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, quedando el procedimiento, por su turno, para resolución.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad demandante, Citibank España S.A., ejerció acción personal contra D. Damaso reclamando la cantidad de 4.170,21 euros por utilización de una tarjeta de crédito, deuda que, según la certificación aportada con la reclamación monitoria, se desglosa en 2.778,46 euros de principal, 831,39 euros por intereses, 420 euros por comisiones reclamación de deuda, 60 euros por comisión por exceso, 17,10 euros por comisión por disposiciones de efectivo y 63,26 euros por gastos de seguro.

En la sentencia de instancia se consideró acreditada la totalidad de la deuda reclamada y, en consecuencia, se estimó la demanda, con intereses legales y costas. Pronunciamiento que es recurrido en apelación por el demandado alegando como motivos: a) Infracción del art. 269 y sig. LEC EDL 2000/77463 , en tanto que la actora únicamente aportó con el procedimiento monitorio el contrato y un documento unilateral de liquidación de cuenta, aportando el resto de la documental en el acto de la vista, b) Que la deuda reclamada no es cierta, c) Que el supuesto saldo derivado de la tarjeta no fue debidamente notificado a su representado y, d) Que el interés pactado es abusivo, así como las comisiones, las cuales no constan reflejadas en el contrato suscrito al igual que los gastos de seguro. Se apone la apelada alegando que en el proceso monitorio basta presentar un principio de prueba, que el demandado recibió los extractos, que se limitó a impugnar genéricamente la deuda sin cuestionar las concretas operaciones y que los intereses, comisiones y seguro están expresamente pactados en el contrato, añadiendo que, en todo caso, ésta última alegación resulta extemporánea en tanto que debió aducirse con la oposición a la demanda monitoria.

**SEGUNDO.-** No existe la denunciada infracción de los art. 269 y sig. LEC EDL 2000/77463 , ya que el art. 812.2 LEC EDL 2000/77463 permite acudir al juicio monitorio cuando quien pretenda el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada, acredite la referida cantidad mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax, o cualquier otro documento que aún unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

De tal redacción no es difícil deducir que el juicio de verosimilitud que ha de efectuar el juzgador se puede realizar sobre la documentación creada unilateralmente por el acreedor, por lo tanto al reclamarse una deuda derivada de un contrato de tarjeta de crédito la documentación habitual que configura la relación es el contrato original y la certificación emitida unilateralmente por la entidad reclamante, documentación que prima facie, constituye un principio de prueba de la deuda, así como que la misma resulta vencida y exigible, lo que acontece en el caso de autos, incumbiendo al deudor requerido alegar cuantas razones o motivos de oposición disponga frente a la reclamación que se le formula.

**TERCERO.-** En cuanto a la certeza del saldo deudor reclamado en concepto de principal, decir que el apelante ha reconocido la suscripción del contrato, negando, sin embargo, la certeza del saldo deudor aportado por la parte actora; se reconoce, asimismo, haber utilizado la tarjeta, sin embargo no indica cuál o cuáles de las disposiciones del extracto expresivo de los cargos, que coadyuvando a la prueba inicial se aportó por la actora en el acto del juicio, no son correctos, es decir no señala cuál o cuáles movimientos no se corresponden con operaciones por él efectuadas, de ahí que deba rechazarse el motivo, ya que, aun cuando la certificación del saldo deudor y el extracto de la cuenta constituyen documentos unilateralmente creados por la entidad demandante, ello no significa en absoluto que no respondan a la realidad de su contenido, sobre todo, se insiste, cuando la parte demandada, reconociendo la realidad del contrato y el haber efectuado disposiciones con la tarjeta, no ha indicado, sin embargo, cuáles serían los movimientos incorrectos y, en suma, cuál sería específicamente el saldo deudor que se reclamó en concepto de principal.

**CUARTO.-** Respecto al alegato del apelante de que no recibió los extractos también ha de rechazarse. En efecto, como se ha adelantado, reconocido por el apelante la suscripción del contrato de tarjeta de crédito y el uso de la tarjeta, el alegato de que desconocía que tenía una deuda pendiente con la actora porque no recibía los

extractos bancarios ni ninguna otra información no es creíble, pues de que las entidades bancarias están obligadas a facilitar a los clientes la información adecuada a través de los extractos de las operaciones que se realicen (Orden de 12 de diciembre 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, vigente hasta el 29 de abril de 2012), no puede obviarse que el cliente bancario cada vez que hace una operación con la tarjeta de crédito, ella misma expide, si así se solicita, un justificante de la operación realizada; y además, una vez al mes, por lo menos, se recibe en el domicilio un extracto de la cuenta con las operaciones realizadas; igualmente en la estipulación 9 se prevé la obligación del ahora apelante de comunicar a la actora, cualquier cambio de domicilio que se produjere, por lo que aun sin variar de domicilio el demandado debió comunicar el cambio de denominación de la calle y del número y al no hacerlo el banco cumplió con su obligación de remitir los extractos al domicilio que figuraba en el contrato que, en todo caso, como bien alega el apelante, tales cambios de denominación, que no de ubicación, difícilmente ha de estimarse que pasaran desapercibidos para el servicio de Correos.

**QUINTO.-** Como ya se puso de manifiesto la suma reclamada en la demanda comprende además del principal otros conceptos, intereses, comisiones y gastos de seguro, que fueron estimados en la sentencia y que son impugnados por el apelante en tanto que abusivos y no reflejados contractualmente.

Respecto a este motivo invoca la apelada que tales alegaciones son extemporáneas ya que debieron aducirse en el escrito de oposición monitoria. Sobre la cuestión decir que este motivo de impugnación no es sorpresivo, ya que en el escrito de oposición se cuestionaban la procedencia de todos los cargos, entre ellos los intereses que, como se argumentará a lo largo de este motivo, son intereses moratorios y por lo tanto la declaración de nulidad, de proceder, sería apreciable de oficio. En este punto también ha de significarse que no le es dable a la apelada intentar restringir los alegatos defensivos del ahora apelante a la fase del escrito de oposición cuando precisamente el extracto de los cargos y abonos, comprensivos de las disposiciones efectuadas con la tarjeta, intereses, comisiones y demás ha sido aportado a modo de complemento de la certificación adjuntada con la demanda en el acto del juicio oral, pues ello claramente afectaría al derecho de defensa del demandado.

Los intereses que la demandante reclama como parte del saldo deudor del contrato de utilización de tarjeta son únicamente moratorios, no retributivos/remuneratorios y moratorios, como parece entender la apelada, ya que dicho saldo deudor se compone de principal, de intereses (831,39 euros), de diversas comisiones y de gastos de seguro. Pues bien, se afirma lo anterior por cuanto la demandante en la certificación aportada únicamente se refiere a intereses sin especificar si son ordinarios o de demora, tampoco especifica el tipo aplicado ni los períodos, conceptos que desde luego no se desprende del extracto aportado en el acto del juicio, donde la confusión es todavía mayor dado que aparecen cargos de interés a la par que devoluciones y retrocesiones de tales.

Los intereses reclamados y cuestionados por la apelante son pues, conforme a la disposición 7 del reglamento de la tarjeta que consta impreso en el contrato de utilización de la misma y vista la ausencia de explicación alguna por parte de la entidad bancaria demandante, los moratorios aplicables a las cantidades no satisfechas en plazo y al tipo anual siguiente: para compras 22,29%, TAE 24,71% y para disposiciones en efectivo/24%, TAE 26,82%.

Así las cosas la apelante no puede tachar, por tanto, de usurarios unos intereses que son moratorios -indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual- ya que la Ley de Represión de la Usura es aplicable a los intereses

retributivos, no a los moratorios. Ahora bien, precisamente porque los reclamados son intereses moratorios, procedería declarar la nulidad, incluso de oficio, de las cláusulas que establecen tales intereses a los tipos señalados si fueren abusivas conforme a la legislación protectora de consumidores y usuarios, como postula la demandada y sin posibilidad de integrar o moderar tales cláusulas abusivas, ello porque la STJEU de 27 de junio de 2000 EDJ 2000/13642 estableció que "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. (...) sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula", doctrina reiterada y puntualizada en la conocida STJUE de 14 de junio de 2012 EDJ 2012/109012 al establecer que "La Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

En este orden de cosas la mayoría de las Audiencias vienen considerando abusivas las cláusulas que establecen unos intereses moratorios a un tipo anual superior a 2,5 veces el legal del dinero, índice que se toma como referencia aunque no resulten aplicables directamente las previsiones del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo y 10 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, 10 bis de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios -actualmente, art. 85.6 en relación con el 83 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 y la enumeración de cláusulas de su Disposición adicional I, así como artículos 83, 85 y 89, y 19.4 Ley de Crédito al Consumo. En consecuencia, las cláusulas que establecen en el presente supuesto los intereses moratorios a los tipos ya referidos son nulas por abusivas por superar en exceso el índice de referencia señalado en el año de suscripción del contrato (mayo 2006), aunque sea por aplicación de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y no por aplicación del Real Decreto legislativo 1/2007 EDL 2007/205571 y ser desproporcionados en relación con los tipos de morosidad establecidos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado del mismo producto, por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial europea expuesta en relación con la normativa especial protectora de los consumidores y usuarios, no cabe integrar ni moderar los intereses abusivos, sino, sencillamente, dejar sin efecto la cláusula nula y su aplicación por superar los tipos el índice de referencia reiterado y carecer de efectos vinculantes para el consumidor, lo que conduce a excluir de la reclamación de la demandante y de la condena del demandado la partida referida a los intereses.

Por otro lado, a tenor del art. 5 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, dictada en virtud de la habilitación prevista en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito EDL 1988/12662 , en ningún caso pueden cargarse comisiones o gastos por servicios que no hayan sido contractualmente aceptados, o solicitados en firme, por el cliente; debiendo además las comisiones o gastos repercutidos responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, lo cual tampoco consta en el presente caso. En efecto, la comisión por reclamación de deuda se fija en la certificación en 420 euros a pesar de que no consta la efectiva prestación de tal concepto y, en todo caso, se ha acreditado que se han traspasado los límites contractuales ya que en el reglamento de la tarjeta la comisión por tal concepto se fija en 25 euros, mientras que en los extractos aportados en el acto del juicio se cargan 30 euros, lo mismo sucede con la comisión por exceso en tanto que aparecen diversos cargos de 20 euros cuando lo cierto es que lo pactado eran 18 euros, además ese exceso ha sido objeto de una doble penalización, sin que tampoco se acierte a comprender la comisión que aparece en la certificación por disposición en efectivo, pues la misma ya aparece cargada en cada una de las disposiciones y acumulada al principal. En conclusión no procede estimar comisiones que no se justifican ni en su importe ni en su procedencia y sobre las que la apelada guarda silencio absoluto y no ofrece explicación alguna al oponerse al recurso. También tiene razón la parte apelante en cuanto a la concreta partida de 63,26 euros por el concepto de seguro, pues la casilla referida a dicho seguro, que se dice opcional, no se halla expresamente aceptada por el demandado, la actora no aporta copia del mismo y no se alcanza a comprender como todos los meses aparece un cargo con el concepto de "prima pagos protegidos".

Consecuencia de lo expuesto es que el saldo deudor debido por el demandado correspondiente al contrato de tarjeta de crédito ha de ceñirse al principal (2.778,46 euros) y los intereses debidos son los legales del dinero a partir de la reclamación judicial ( art. 1108 CC EDL 1889/1 ), esto es, a partir de la solicitud de proceso monitorio, 27 de enero de 2011, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia ( art. 576 LEC EDL 2000/77463 ), dejando además sin efecto la imposición de costas establecida en la instancia, por virtud de lo previsto en el art. 394.2 LEC. EDL 2000/77463

**SIXTO.-** La estimación parcial del recurso implica que no se haga especial declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en esta alzada ( art. 398 LEC EDL 2000/77463 ).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española EDL 1978/3879 .

### **FALLO**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Carmen López de Castro, en nombre y representación de D. Damaso, frente a la sentencia dictada en fecha 27 de enero 2012 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Redondela en Juicio Verbal 450/11, en consecuencia, se revoca parcialmente dicha resolución para en su lugar estimar en parte la demanda interpuesta por Citibank España S.A., frente a D. Damaso a quien se condena a abonar a la entidad demandante la suma de DOS MIL, SETECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS, CON CUARENTA Y SEIS CENTIMOS (2.778,46) más intereses legales a partir del 27 de enero 2011, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia, sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Esta resolución es firme y frente a la misma no cabe recurso alguno.

Así, por esta Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.