



Roj: **SAP O 4377/2020 - ECLI:ES:APO:2020:4377**

Id Cendoj: **33044370062020100369**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **316/2020**

Nº de Resolución: **360/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00360/2020

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2020 0000061

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000316 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.8 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000015 /2020

Recurrente: Agapito

Procurador: MARIA CONCEPCION GONZALEZ ESCOLAR

Abogado: PELAYO ALVAREZ-HEVIA GOMEZ

Recurrido: SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR E.F.C. S.A.

Procurador: ENRIQUE ALEJANDRO SASTRE BOTELLA

Abogado: JAVIER GILSANZ USUNAGA

RECURSO DE APELACION (LECN) 316/20

En OVIEDO, a veintiséis de Octubre de dos mil veinte. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Sres. D^a María-Elena Rodríguez-Vigil Rubio, Presidenta, D. Jaime Rianza García y D^a Marta M^a Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA Nº 360/20

En el Rollo de apelación núm. 316/20, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 15/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, siendo apelante **DON Agapito**, demandante en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA MARIA CONCEPCION GONZALEZ ESCOLAR y asistido por el Letrado DON PELAYO ALVAREZ-HEVIA GOMEZ; y como parte apelada **SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR E.F.C. S.A.**, demandada en primera instancia, representada por el Procurador DON ENRIQUE ALEJANDRO SASTRE BOTELLA y asistida por el Letrado DON JAVIER GILSANZ USUNAGA; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez-Vigil Rubio.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo dictó Sentencia en fecha demandante cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción González Escolar, en nombre y representación de Agapito frente a Servicios Financieros Carrefour EFC S.A., debo declarar y declaro la nulidad por usurario, del contrato de la tarjeta de crédito Visa Pass hecho entre las partes el 13 de mayo de 1999. Con las consecuencias del artículo 3 de la Ley de represión de la usura.

Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás 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 19.10.2020.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consentidos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia en los que se declara la nulidad del contrato de tarjeta revolving suscrito entre las partes, con los efectos legales previstos en el art. 3 de la LRU, y expresa imposición de costas a la entidad financiera demandada, es objeto de impugnación en esta alzada por el actor el auto que en la audiencia previa acogió la impugnación de la cuantía efectuada por esta última, a los solos efectos en este caso de la futura tasación de costas, rechazando que ésta fuera indeterminada, al estimar que ejercitándose en la demanda acción de nulidad fundada en la existencia de usura, no se está ante una acción que debe ser ejercitada por razón de la materia por los tramites del juicio ordinario, por no ser incardinable en el art. 249.1.5 de la L.E.Civil, sino ante un juicio que ha de seguirse por razón de la cuantía, y que esta respecto a la pretensión de reintegro derivada de la acción de nulidad podía ser determinada fijándola en este caso en la cantidad de 2.600€, importe de las cantidades giradas al actor en forma improcedente de proceder la declaración de usura, recogiendo al respecto el criterio que viene siendo aplicado por las distintas Secciones de esta Audiencia, incluida esta misma Sala.

La impugnación se centra en el escrito de interposición en invocar que la cuantía ha de reputarse indeterminada, encuadrable por ello en el supuesto previsto en el art. 253.3 de la L.E.Civil, dado que se ejercita una acción de nulidad contractual de la que derivan como efecto ex lege, unas determinadas consecuencias. Se trata así de un supuesto no de acumulación de acciones del art. 252.2 de la L.E.Civil, sino de un proceso en el que se ejercita una única acción de nulidad por usura que dota al mismo de unas consecuencias que no se limitan a un mero interés económico propio de una acción de reclamación de cantidad, que no puede por ello calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía, tanto más cuando en el supuesto de autos esa cuantía no estaba fijada con el extracto de los movimientos de la tarjeta adjuntados por la entidad financiera con la contestación dado que éstos se limitaban al periodo comprendido entre los meses de febrero de 2011 a febrero de 2019, cuando el contrato se suscribió en el año 1999, de donde resulta que faltan diez años de cálculo para poder fijar la cuantía, insistiendo por ello en la procedencia de fijar ésta como indeterminada.

SEGUNDO.- El recurso se desestima, teniendo en cuenta que el criterio fijado por el Juzgador de Instancia en la Audiencia previa a este respecto es el que esta Sala viene aplicando en forma reiterada, resolviendo la cuestión planteada en el mismo, según el cual tratándose la ejercitada de una acción de nulidad del contrato de tarjeta fundada en la usura y, no una acción relativa a condiciones generales de contratación en los casos previstos sobre esta materia, a que se refiere el art. 249.1.5º de la L.E.Civil, el procedimiento a seguir no viene establecido por razón de la materia, sino de la cuantía y ésta, de acuerdo con la regla 8ª del art. 251 de la LEC, como así ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala entre otras en su sentencia núm. 3/19 de 11 de enero, viene determinada por el importe total de lo debido.

No puede por ello respecto a tal cuantía acogerse las razones que justifican la indeterminación que se sostiene en la demanda y reitera en el recurso. Ciertamente es que ésta Sala y el resto de las Secciones Civiles de esta Audiencia ha venido admitiendo la indeterminación de la cuantía en la demanda en procesos sobre idéntica materia, cuando no ha sido posible a la actora concretarla, aplicando la doctrina del TS recogida entre otras en sentencia de 17 de abril de 2015, con cita de otras precedentes, que tiene declarada la procedencia de interpretar el art. 219 de la L.E.Civil, en forma flexible, pero ello no obstante, cuando como en este caso sucede, la cuantía ha sido fijada en base al histórico de movimientos de la citada tarjeta, como aquí ha hecho la entidad financiera demandada en su contestación para justificar la improcedencia de la cuantía indeterminada invocada en la demanda, documentación que no fue impugnada en su contenido en la audiencia previa por



la parte actora, ha de partirse de su corrección y por ello fijarse su importe, en la diferencia resultante entre las cantidades abonadas por la actora y las que hubiera tenido que abonar de no haberle sido aplicados los interés remuneratorios cuya declaración de usura se pretende, cuantía que es además la que resulta de la previsión que sobre los efectos de la declaración de esta última establece el art. 3 de la LRU, y que es por ello perfectamente determinable, y que sería subsumible en la regla 8ª del art. 251 de la L.E.Civil, que no habla del total importe dispuesto, sino "debido", en la fecha de presentación de la demanda, y que ha de estimarse por ello coincidente con el resultado de esa diferencia entre lo abonado por el prestatario por todos los conceptos, y lo realmente dispuesto o recibido en concepto de **préstamo**, resulte el mismo a favor o en contra de quien inste la nulidad, pues ese será el verdadero interés económico del asunto, que en este caso además, habrá de ser determinado en ejecución de sentencia a la hora de fijar los reintegros procedentes, salvando así la insuficiencia denunciada en cuanto al periodo a que han de alcanzar los mismos.

Por otra parte aun cuando el art. 454 de la L.E.Civil autoriza a reproducir en esta alzada la cuestión relativa a la impugnación de la cuantía, ello no obstante ha de tenerse en cuenta que en los casos en que tal impugnación no es determinante para fijar el tipo de procedimiento, como es el caso pues este no ha sido impugnada la procedencia del ordinario financiera demandada, es doctrina generalizada de las Audiencias la que establece que la impugnación de la cuantía no puede ser objeto del recurso de apelación, pues, por un lado, no es un pronunciamiento de la sentencia y, por otro lado, la impugnación de la cuantía solo procede su resolución en la audiencia previa de acuerdo con el incidente previsto en el artículo 255 de la L.E.Civil, si ello es determinante fijar el tipo de procedimiento o en su caso para la procedencia del recurso de casación.

Ello además de que, como se invoca por la parte apelada en el escrito de oposición, es más que dudoso que en este caso en que la demanda ha sido estimada en su integridad, exista propiamente gravamen que conceda legitimación para la apelación de una determinación judicial de la cuantía, solo relevante en este caso a efectos de la ulterior tasación de costas, teniendo en cuenta que es doctrina reiterada del TS recogida en el auto invocado de 9 de febrero de 2010, la que tiene declarado que no es vinculante a esos efectos la cuantía del procedimiento pues "*... aunque la condena en costas va dirigida a resarcir al vencedor de los gastos originados directa e inmediatamente en el pleito entre los que se incluyen los honorarios del letrado, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que, para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación de costas, resulte vinculante por sí sola la cuantía del procedimiento*".

TERCERO.- Pese al rechazo del recurso no se estima procedente hacer expresa imposición de costas en esta alzada, teniendo en cuenta que sobre el alcance de la citada regla 8ª del art. 251 de la L.E.Civil, existen criterios judiciales discrepantes, en cuanto frente al mantenido por la Sala con anterioridad respecto al concepto de "total de lo debido", coincidente con el saldo vivo del **préstamo** otros mantienen que se refiere el teórico debido por capital intereses y comisiones devengados al tiempo de la contratación, esto es el conjunto de derechos y obligaciones que nacen del **contrato**, prescindiendo de lo acontecido posteriormente en su desarrollo, lo cual en supuestos como el de autos, en que este se ha celebrado en el año 1999, con prorrogas sucesivas ofrece una dificultad evidente. Procede por ello hacer uso de la excepción contemplada en el apartado 1º último párrafo del art. 394 al que se remite el 398, ambos de la L.E.Civil.

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

FALLO

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **DON Agapito** contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario que con el número 15/20 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Oviedo. Sentencia que se confirma sin hacer expresa imposición de las costas a la parte apelante.

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 pronuncia, manda y firma la Sala.