



Roj: **SAP O 159/2018 - ECLI:ES:APO:2018:159**

Id Cendoj: **33024370072018100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **12/01/2018**

Nº de Recurso: **522/2017**

Nº de Resolución: **10/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00010/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEPTIMA

GIJON

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

TPV

N.I.G. 33024 42 1 2015 0008184

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000522 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000380 /2016

Recurrente: Catalina

Procurador: JAIME TUERO DE LA CERRA

Abogado: MARIA PEREZ ARELLANO

Recurrido: CAIXABANK CONSUMER FINANCE EFC, S A

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

S E N T E N C I A nº 10/18

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

D. PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN

En GIJON, a doce de enero de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000380/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000522 /2017, en los que aparece como parte apelante, Catalina , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Jaime Tuero De La Cerra, asistido por la Abogada D^a María Pérez Arellano, y como parte apelada, CAIXABANK CONSUMER FINANCE EFC, S A, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Joaquín María Jañez Ramos, asistido por la Abogada D. María José Cosmea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON, se dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2017 , en el procedimiento Ordinario nº 380/16, de los que dimana el presente RECURSO DE APELACION (LECN) 0000522/2017, cuyo Fallo es de tenor literal siguiente:

"Que rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y entrando en el fondo del caso controvertido, debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Jaime Tuero de la Cerra , en nombre y representación de D^a Catalina , contra la entidad mercantil "Caixabank Consumer Finance E.F.C, S.A.", representada por el Procurador D. Joaquín Jáñez Ramos (sustituido en la audiencia previa y el juicio por su compañero, D. Alexander) y, en consecuencia, acuerdo lo siguiente:

1º/ Se declara la nulidad, por abusivas y usurarias, de las cláusulas contractuales referidas al interés remuneratorio para adquisiciones llevadas a cabo en establecimientos distintos de "IKEA" y disposiciones en efectivo en cajeros automáticos, así como la cláusula relativa a intereses moratorios o excedidos.

2º/ Se deniega declarar la nulidad de las cláusulas referidas a "comisiones" (nº 15 del condicionado general) y "pena convencional" (nº 16 del mismo condicionado).

3º/ Se condena a la demandada a devolver a la actora la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia, y que estará integrada por los intereses remuneratorios satisfechos por compras que no se llevaron a cabo en el establecimiento de IKEA, disposiciones en efectivo de cajeros automáticos y los intereses moratorios o excedidos si fueron aplicados, mas los intereses legales generados por dicha cantidad, contados desde la fecha de interposición de la demanda.

4º/ No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referido a costas".

SEGUNDO.- Notificada la expresada sentencia a las partes, por la representación procesal de Catalina , se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación el cual admitido a trámite y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del mismo, se formó el correspondiente Rollo de Sala, al nº 522/17 y personadas las partes en legal forma, se señaló para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo el pasado 9 de enero.

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

Vistos, siendo Ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia discute la parte actora que no se declarase la nulidad de dos estipulaciones del contrato de tarjeta de crédito celebrado entre las partes, como son la imposición de comisiones por disposición en efectivo (cláusula 15) y la penalidad por cuotas impagadas (pena convencional, cláusula 16), nulidad que ha sido rechazada por la sentencia de instancia que considera no tienen carácter abusivo.

SEGUNDO. - Para resolver la cuestión debatida, hemos de partir de que la sentencia de instancia, firme por consentida por la parte demandada , declara usurario el contrato -de cuya declaración la sala debe partir coincida o no con la fundamentación y distinciones que en la sentencia llevan a adoptar dicha tesis-, habida cuenta del tipo pactado de interés remuneratorios para disposiciones en efectivo y compras fuera del establecimiento comercial al que estaba vinculada la tarjeta, y efectúa dicha declaración en coincidencia con lo solicitado por la parte actora que demandó, invocando entre otras acciones, las propias de la Ley de 1908, con cita del artículo 3. Por ello es menester señalar que una cosa es la posible apreciación de la abusividad de determinadas cláusulas y otra las consecuencias de la apreciación de **usura** que producen la nulidad del contrato con los efectos que prevé el artículo 3 de la Ley, que se aplican **de oficio y por imperativo legal** aunque no hayan sido solicitados, traducidos en la nulidad de aquel retrotrayendo a las partes a la situación anterior a la perfección del vínculo calificado como usurario de modo que debe liquidarse con obligación del prestatario



de devolver tan sólo el capital pendiente de pago sin ningún otro concepto, que se calcula descontando todas las cantidades abonadas por todos los conceptos por el prestatario al prestamista para, en su caso, si exceden las cantidades percibidas por éste del importe del capital, restituir al prestatario lo indebidamente percibido, de modo que no es posible analizar la abusividad de ambas cláusulas ya que quedan afectadas por el efecto de la declaración de **usura**, de manera que carecen de efectividad dichas estipulaciones para calcular el débito pendiente y las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación han de ser restituidas al prestatario en aplicación del artículo 3 de la Ley de 1908, por lo que en definitiva procede acoger el recurso y liquidar el contrato en estos términos.

TERCERO. - Las costas de primera instancia se imponen a la demandada ya que la acogida de la **usura** implica el vencimiento objetivo conforme al artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil . Acogido el recurso, no procede hacer declaración sobre costas (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLO

LA SALA ACUERDA:

Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalina , contra la sentencia de 19 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Gijón , en autos de P. Ordinario nº 380/16, y *revocar en parte la recurrida* , ordenando la liquidación del contrato en los términos del artículo 3 de la ley de 1908 debiendo el demandante abonar el capital pendiente de pago con exclusión de otros conceptos descontando las cantidades abonadas por todos los conceptos al prestatario para calcular aquel, con obligación del demandado de restituir en su caso el exceso indebidamente percibido, todo ello con composición de costas de la instancia al demandada, y sin declaración sobre las del recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.