



Roj: **SAP OU 211/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:211**

Id Cendoj: **32054370012021100154**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2021**

Nº de Recurso: **1025/2019**

Nº de Resolución: **161/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00161/2021

Modelo: N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

N.I.G. 32054 42 1 2019 0002604

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001025 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de OURENSE

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000398 /2019

Recurrente: **COFIDIS SA SUCURSAL EN ESPAÑA**

Procurador: doña MARIA GARRIDO VAZQUEZ

Abogado: don JOAQUIN ESTEBAN KEOGH

Recurrido: doña Magdalena

Procurador: doña PAULA CADAVEIRA GONZALEZ

Abogado: don DAVID ALFAYA MASSO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas doña Ángela-Irene Domínguez-Viguera Fernández, Presidenta, doña María José González Movilla y doña María del Pilar Domínguez Comesaña, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 00161/2021

En la ciudad de Ourense a treinta de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Ourense, seguidos bajo el núm. 398/19, Rollo de apelación núm. 1025/19, entre partes, como apelante, la entidad mercantil Cofidis S.A. sucursal en España, representada por la procuradora de los tribunales doña María Garrido Vázquez, bajo la dirección del letrado don Joaquín Esteban Keogh, y, como apelada, doña Magdalena, representada por la



procuradora de los tribunales doña Paula Cadaveira González, bajo la dirección del letrado don David Alfaya Masso.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 25 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** ACOLLER a demanda presentada pola procuradora Sra. Cadaveira González, no nome e representación de Magdalena contra a entidade COFIDIS, e, en consecuencia debo declarar e declaro que as condicións que regulan os xurose comisións non superan o control de transparencia, polo que se han de considerar non postas e non incorporadas ó contrato. *En consecuencia, deberá a entidade demandada devolver a contía que resulta da contía disposta e a contía pagada, que alcanza os 8,923.62 euros, contía a que se lle han de aplicar os xuros legais dende a interpelación xudicial e os procesuais dende a presente resolución*".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil *Cofidis S.A. sucursal en España* recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante Doña Magdalena ejercita en este procedimiento contra la entidad Cofidis SA acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, concretamente las cláusulas referidas a los intereses remuneratorios, comisiones por retraso y devolución y gastos no expresamente pactados (contrato de seguro) contenidas en un contrato de crédito suscrito en marzo de 2006, alegando no haber sido informada de esas condiciones, que nunca tuvo conocimiento de las cargas económicas del contrato al no entregársele nunca la documentación al respecto y aparecen redactadas en letra muy pequeña, de forma poco clara y sin destacar sus elementos esenciales, por lo que no superan el control de transparencia aplicable a los contratos celebrados con consumidores, debiendo ser declarados nulos. Y como consecuencia de ello interesó la condena de la demandada a la devolución de la cantidad de 9.835,53 euros correspondiente a la diferencia entre el capital del que realmente dispuso, 9.670 euros y la suma que abonó, 19.505,53 euros. Con carácter subsidiario solicitó que se declarara que el interés pactado era usurario conforme a la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, lo que determina la nulidad del contrato, con la misma consecuencia que en la acción anterior.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando, en relación a la petición principal, que el control de transparencia quedaba claramente superado, pues la contratación se había realizado a distancia, remitiéndole después a la actora la documentación que devolvió, después de leída, firmada de conformidad con sus estipulaciones, concretamente con los intereses y comisiones pactadas. También se opuso a la pretensión subsidiaria, entendiendo que el tipo de interés o Tasa Anual Equivalente pactada en el contrato es acorde al interés normal del dinero en la fecha de suscripción de la línea de crédito, marzo de 2006, por lo que no se puede considerar desproporcionado, teniendo en cuenta la operativa del tipo de producto de litis, que es un crédito **revolving**.

En la sentencia dictada en primera instancia se declaró la nulidad de las condiciones que regulan los intereses y comisiones por no superar el control de transparencia, declarándose nulas y no incorporadas al contrato. Como consecuencia de ello, se condenó a la entidad demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 8.923,62 euros, diferencia entre la cantidad dispuesta y la cuantía pagada, más los intereses legales devengados desde la fecha de la interpelación judicial.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la entidad Cofidis S.A. alegando además del error en que ha incurrido la juzgadora de instancia al identificar el contrato que suscribieron las partes, la inaplicación de la Ley de Represión de la Usura pues según los datos oficiales publicados por el Banco de España que identifican el tipo de interés normal aplicable al producto **revolving** en el año 2006, la Tasa Anual Equivalente convenida en el contrato del 24,51%, se encuentra dentro del interés normal o habitual para este tipo de producto. En todo caso, mostró su disconformidad con las consecuencias de la declaración de nulidad en aplicación de la Ley de Represión de la Usura alegando que la cantidad a restituir ascendería a 6.572,53 euros. Finalmente, alegó también error en la valoración de la prueba sobre la superación del control de transparencia al haber analizado un condicionado que no se corresponde al contrato litigioso, suscrito por



la entidad Evo Finance, no por la demandada. La parte actora se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- En la sentencia dictada en primera instancia se declaró la nulidad de las cláusulas referidas a los intereses remuneratorios y a las comisiones y gastos incluidas en el contrato de crédito que une a las partes, que era la acción principal ejercitada en la demanda, y como consecuencia de ello se condenó a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad abonada en exceso por aplicación de dichas cláusulas. En la sentencia, no obstante, se hace alusión también el carácter usurario del tipo de interés pactado en aplicación de la Ley de Represión de la Usura, aunque no declara la nulidad del contrato como sería la consecuencia natural de dicha declaración. Por tanto, la razón y fundamento de la condena de la demandada acordada en la instancia fue la nulidad de las condiciones generales sobre intereses y comisiones por falta de transparencia, por lo que únicamente habría que examinar el motivo del recurso relativo a ese extremo. Y para ello, ha de establecerse previamente que no ha existido error en la valoración de la documentación aportada en la sentencia dictada pues si bien inicialmente, en el fundamento jurídico 3º se hace alusión a un contrato de **tarjeta** de crédito Evo Finance, con unas condiciones financieras, ajenas al contrato de litis, en el fundamento jurídico cuarto se valoran los términos en los que están redactados el contrato litigioso, recogiendo con precisión los datos del mismo y sus condiciones, transcribiéndose incluso estipulaciones completas del mismo, no existiendo así duda alguna de que el control de transparencia se ha realizado sobre el contrato que une a las partes, aportado por la parte actora.

En relación al control judicial que puede hacerse sobre los intereses remuneratorios es preciso señalar previamente, que su naturaleza es distinta a la de los intereses moratorios. Los primeros son el beneficio o contrapartida convenida por las partes a favor del prestamista o acreedor por razón del capital prestado y están previstos para caso de cumplimiento, aunque ello no impide que sean proporcionales atendiendo a las circunstancias del contrato.

Sobre la validez de la cláusula de intereses remuneratorios, éstos constituyen el precio del préstamo; y por ello, en principio, no cabe entrar a dilucidar sobre su carácter abusivo, pues el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores señala: "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra."

Según se desprende de la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ha de distinguirse si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, si se refiere a otros extremos. Y ello por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia; es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

El control de transparencia, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo; es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que confirmaron el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo; siendo preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Así, el artículo 6 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, bajo la rúbrica "Forma y contenido de los contratos", indica:

"1. Los contratos sometidos a la presente ley se harán constar por escrito.

Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

2. Además de las condiciones esenciales del contrato, el documento contendrá necesariamente:

a) La indicación de la tasa anual equivalente definida en el artículo 18 y de las condiciones en las que ese porcentaje podrá, en su caso, modificarse.



Cuando no sea posible indicar dicha tasa, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse.

b) Una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y los demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

c) La relación de elementos que componen el coste total del crédito, con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificando cuáles se integran en el cálculo de la tasa anual equivalente, e igualmente la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular".

En el presente caso, aplicando lo expuesto al contrato de crédito suscrito entre las partes, aparece que el mismo adolece de una absoluta falta de claridad y transparencia, ofreciendo una información fragmentada e insuficiente para que un consumidor medio pueda representarse la verdadera carga económica del contrato.

La entidad Cofidis SA concedió a la actora una línea de crédito, en el año 2006, según se deduce del extracto aportado a los autos, aunque la solicitud aparece fechada el 6 de marzo de 2008, por una cantidad inicial de 1.200 euros, destacada en grandes caracteres tipográficos, en la parte superior de la solicitud, que se devolvería en 24 meses, en cuotas de 63 euros, según la elección realizada marcando la casilla correspondiente. Seguidamente, en letra mucho más pequeña se indica la TAE de 24,51%, TIN 22,12%, advirtiéndose que es un "cálculo teórico sin reutilización del disponible y sin seguro. La última mensualidad será inferior en función de la fecha de financiación. Oferta válida para personas con edad comprendida entre los 18 y 70 años". Se añade también que, si el solicitante ya es cliente de Cofidis o sus datos se encuentran en un fichero de morosidad, la oferta no era válida y que el período de validez de la oferta era hasta el día 31 de mayo de 2008. Por tanto el tipo de interés así anunciado es aplicable únicamente cuando se reúnen una serie de requisitos, en determinadas condiciones y durante un determinado período de tiempo, resultando que al reverso de la solicitud aparecen las Condiciones Generales en cuyos apartados 5 y 6 se fija el "coste del crédito", y el "cálculo de los intereses", con letra diminuta, muy concentrada en muy poco espacio, sin destacar las condiciones más importantes, lo que dificulta la lectura y comprensión real del contrato. No se fija de forma definitiva un interés a aplicar, sino que el mismo variaría en función del saldo pendiente de la línea de crédito y además, el tipo podría ser revisado en función de lo establecido en la cláusula 12, en la que la entidad Cofidis SA se reserva la facultad de modificar determinadas condiciones del contrato; especialmente, el tipo de interés, con arreglo a la evolución de las condiciones de mercado. Se establece una limitación máxima de un 24,51% y mínima de un 10,95% de la TAE. Sobre el cálculo de intereses se indica que el interés se devengará diariamente sobre la utilización correspondiente del crédito en base al tipo de interés nominal anual vigente, liquidándose mensualmente mediante una fórmula totalmente ininteligible para un consumidor medio. Aunque en el anverso de la solicitud se fija una cuantía del préstamo con apariencia de claridad y falta de complejidad, de la lectura de las condiciones consignadas al reverso no puede llegar a comprenderse cuál es el coste real del contrato. En el anverso igualmente aparece la opción de contrato de seguro para el pago de cuotas en caso de pérdida de empleo, incapacidad temporal, invalidez o fallecimiento, con la opción de marcarlo en caso de adoptar la decisión de contratarlo, que en este caso se ha hecho, aunque no consta en forma alguna la prima del contrato, la forma de pago, sí se ha incluido en algún modo en la cuota etc.

Además en la condición general 8 se estableció una comisión de devolución, en virtud de la que en caso de producirse el impago de alguna cuota a su vencimiento, se devengaría a favor de Cofidis una comisión de devolución por impago de 12 euros por cada cuota devuelta de importe superior a 30 euros e inferior o igual a 70 euros, aplicándose sobre un mismo recibo cada vez que, tras su presentación al cobro, resulte devuelto por impago un máximo de 3 veces, no devengándose a partir de ese momento ninguna comisión más. La misma estipulación se aprovecha para establecer que a los efectos del artículo 317 del Código de Comercio, los intereses de las cuotas no satisfechas se entenderán capitalizados y producirán intereses al mismo tipo que el del saldo pendiente de la línea de crédito.

Con ese conglomerado de cláusulas, la comprensión del contrato en su conjunto resulta compleja, por su redacción oscura y por su contenido, no constando que haya sido aceptado expresamente por el consumidor sino impuesto por la entidad demandada, sin haberle informado previamente de las consecuencias económicas y jurídicas de lo contratado.

En suma, resultando patente la falta de transparencia del contrato ha de declararse la nulidad de las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios, a las comisiones y penalizaciones y al contrato de seguro, desestimándose en tal sentido el recurso de apelación interpuesto contra la resolución recurrida, y teniendo en cuenta la liquidación aportada por la parte demandada, que fue admitida por la actora, la cantidad que



debe devolverse a esta asciende a 8.923,62 euros, que resulta de sumar a la cantidad calculada por la entidad las cantidades correspondientes a la comisión de seguro, prima de seguro y comisión, según los extractos actualizados obrantes en autos; sin que sea preciso, por ello, el examen del carácter usurario del interés remuneratorio pactado, toda vez que la nulidad del contrato por tal motivo se solicitó con carácter subsidiario y fue estimada la petición principal formulada en la demanda.

TERCERO.- Estimándose sustancialmente la demanda, dada la escasa diferencia entre la cantidad reclamada y la que es objeto de condena, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es preceptiva la imposición de las costas a la parte demandada y, desestimándose el recurso de apelación interpuesto por la misma, han de imponérsele también las costas causadas en esta alzada.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Cofidis S.A. sucursal en España, la procuradora de los tribunales doña María Garrido Vázquez, contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Ourense, en autos de Procedimiento Ordinario seguidos bajo el núm. 398/19, Rollo de apelación núm. 1025/19, que, consecuentemente, se confirma en su integridad; imponiendo a la apelante las costas causadas en ambas instancias.

Procede la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.