

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00487/2021

Modelo: N10250
C.ANGUSTIAS 21

-

Teléfono: 983.413495 Fax: 983.459564
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MRS

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000864 /2020
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de VALLADOLID
Procedimiento de origen: MON MONITORIO 0000463 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: CESAR DURO ALVAREZ DEL VALLE

S E N T E N C I A

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. ANTONIO ALONSO MARTIN

Ilmos Magistrados-Jueces Sres.:

D.MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D.ANGEL MUÑIZ DELGADO

En VALLADOLID, a seis de julio de dos mil veintiuno

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de MONITORIO 0000463 /2019, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000864 /2020, en los que aparece como parte apelante, BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador de los

tribunales, [REDACTED], asistido por el Abogado D. [REDACTED] y como parte apelada, [REDACTED], representado por el Procurador de los tribunales, [REDACTED], asistido por el Abogado D. CESAR DURO ALVAREZ DEL VALLE, sobre CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 2 DE ENERO DE 2020, en el procedimiento RECURSO DE APELACION (LECN) 0000864 /2020 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"FALLO SENTENCIA:

"Que estimando la demanda deducida por [REDACTED] contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A. debo declarar como declaro:

A.- La nulidad del contrato de tarjeta de crédito de 8 de febrero de 2006, condenando a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. abonar a [REDACTED] la cantidad que resulte de restar a las sumas, empleadas, recibidas o dispuestas con esa tarjeta, la totalidad de las cantidades que se hubieran cobrado a [REDACTED] por todos los conceptos incluidas las comisiones, desde el inicio del contrato, cantidad a fijar en ejecución de sentencia.

B.-La nulidad de la Comisión por cuota impagada y de la Comisión por Descubiertos recogidas en el contrato de apertura de cuenta corriente de 2 de marzo de 2000, modificado por medio del contrato de modificación a cuenta 1/2/3 de fecha 20 de

noviembre de 2017, así como del cobro de gastos de correo, condenando a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. abonar a [REDACTED] a su devolución (respecto las sumas no devueltas) con el interés legal del dinero de cada una de las sumas desde que fueron cobradas y en cuanto a las sumas ya devueltas a reintegrar al actor el interés legal de las mismas desde el momento en que fueron cobradas.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

Que ha sido recurrido por la parte BANCO SANTANDER SA, habiéndose opuesto la contraria .

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 30 DE JUNIO DE 2021, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte demandada –BANCO SANTANDER SA. recurre en apelación la Sentencia que estima la demanda interpuesta en su contra por [REDACTED] y declara la nulidad del contrato de tarjeta de crédito de 8 de febrero de 2006 condenando a la entidad demandada a abonar al actor las cantidades que resulte de restar a las sumas ,empleadas, recibidas o dispuesta de la tarjeta, la totalidad de las cantidades que se hubieran cobrado al actor por todos los conceptos incluidos comisiones, desde el inicio del contrato a determinar en ejecución de sentencia; la nulidad de la comisión por cuota impagada y de la comisión por descubiertos recogida en el contrato de apertura de cuenta corriente de 2 de marzo de 2000, modificado por contrato a cuenta 1/2/3 de fecha 20 de noviembre de 2017 , así como del cobro de gastos de correo, condenando a la entidad demandada a abonar al actor o a la

devolución (respecto de las sumas no devueltas) con los intereses correspondientes, y todo ello sin hacer expresa condena en costas. Alega como motivos, resumidamente; inexistencia de usura en el contrato de tarjeta objeto de litis ya que el interés remuneratorio pactado –TAE (24,60 %,24,82% y 32,03%)no es sustancialmente superior al tipo correspondiente a los créditos de las tarjetas de crédito aplazadas y “tarjetas revolving” que tiene un interés medio del orden del 20% anual según las tablas estadísticas publicadas por el B. de España, Circular 1/2010 de 27 de enero que distingue entre los tipos medios mensuales de los créditos al consumo según plazo de duración(menos de 1 año, de 1 a 5 años y mas de 5 años) y los tipos medios mensuales de los créditos de las tarjetas de crédito aplazadas y “tarjetas revolving”;improcedencia de declarar nulas las comisiones por descubierto y gastos por reclamación del saldo deudor, ya que la primera equivale a una comisión de apertura que junto con el interés remuneratorio forma parte del precio del préstamo y la normativa bancaria no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas han supuesto según ha resuelto el TS en su sentencia de 23 de Enero de 2019.En cuanto a la comisión por gastos de reclamación de saldo , porque consta acreditado este gasto con el contrato aportado con la contestación a la demanda con la entidad Reintegra para que procediera a reclamar el saldo deudor generado por el titular de la cuenta.

Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime la demanda según lo razonado en el recurso.

Se opone al recurso la parte demandante solicitando su desestimación a la vez que impugna la sentencia apelada en cuanto no hace expresa condena en costas ya que estas debieron ser impuestas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Se circunscribe por lo expuesto el objeto del presente recurso y por ende de la resolución a dictar por este tribunal de apelación que exclusivamente debe pronunciarse sobre los puntos o motivos planteados en el recurso (artículo 465.5 LEC) a determinar si la resolución recurrida incurre en los errores de

apreciación e interpretación jurídica o jurisprudencial denunciados por la parte recurrente.

Comenzando por el motivo atinente a la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por usura de sus intereses remuneratorios , pronto hemos de adelantar la total desestimación del mismo. El Juzgador de Instancia aplica correctamente la antigua Ley de Represión de la Usura conocida como Ley Azcárate, artículos 1 y 3 e interpreta con buen criterio la doctrina jurisprudencial que -a propósito de contratos de iguales características que el de litis (crédito mediante tarjeta de crédito o “revolving”)-ha venido sentando nuestro Tribunal Supremo ,concretamente en su Sentencia de Pleno de Sala 628/2015 de 25 de noviembre posteriormente aclarada y precisada por la Sentencia también de Pleno de fecha 4 de marzo del año 2020 particularmente en cuanto al término comparativo a utilizar como como indicativo del «interés normal del dinero» en el caso concreto de operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o “revolving “

. En esta última sentencia el Alto Tribunal sintetiza la doctrina fijada en la primera de la manera siguiente:

” i) *La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.*

ii) *Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».*

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como «no excesivo» un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del «interés normal del dinero» (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente

sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.””

Explica también que el recurso resuelto en su sentencia de 25 de noviembre de 2015 no tuvo por objeto determinar el término comparativo que había de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» en el caso particular de operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o “revolving ” sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo y a continuación sienta las siguientes pautas a seguir:

“ 1.- Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como «interés normal del dinero». Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más

específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia”.

TERCERO.- Pues bien, trasladando esta doctrina jurisprudencial al **contrato de litis y sus intereses remuneratorios**, pronto se ve que ,tanto si se toma la referencia del **interés medio ponderado de los créditos al consumo a corto plazo** , como si se toma la referencia específica de los **créditos concedidos a través de las tarjetas crédito** ,la conclusión a la que se llega es la misma ,que estamos ante una operación de crédito con un intereses TAE –«notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» y por lo tanto usurarios. Conforme al primero de los criterios (es el que sigue el Juzgador de la instancia ya que a la fecha del contrato-8 de febrero 2000 –el B. de España aún no diferenciaba en sus tablas estadísticas entre créditos al consumo y créditos “revolving”) porque el TAE fijado en el contrato y aplicado desde entonces con sucesivas modificaciones (24,60 % ,26,82% y 32,03 %) supera ampliamente el umbral fijado por la TS en la citada Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (doble del interés medio de los préstamo al consumo a corto plazo a fecha del contrato - en torno al 11%) .Y conforme al segundo de los criterios(es el que propone la entidad recurrente) porque también sobrepasaría con holgura el umbral fijado por la STS de 4 marzo de 2020 (superior al promedio del tipo de interés en operaciones específicas de crédito mediante tarjeta “revolving” que según la propia entidad recurrente se hallaba en torno al 20%)

Cierto es que el T Supremo en su último sentencia no establece un parámetro porcentual claro y preciso para determinar cuándo un interés remuneratorio que sobrepase ese tipo medio puede considerarse usurario, pero sí expresa las razones que a tal efecto son tenidas en cuenta y que por lo tanto ,pueden ayudar en ese sentido .Dice concretamente :“**6-** *El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.* **7.-** *Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.* **8.-** *Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito revolving , en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.* **9-** *Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre ,no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones,*

añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia”

Pues bien, ponderando todas estas razones y en aras de ofrecer una mínima seguridad jurídica en esta materia hasta tanto el Tribunal Supremo fije un criterio con mayor claridad y precisión, los Magistrado integrantes de las dos Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Valladolid en reunión celebrada el 26 de Febrero 2021 decidieron por unanimidad tomar como referencia objetiva y razonable el diferencial de tres puntos a que alude a la hora de fijar el interés de demora (tres puntos sobre el remuneratorio) establece el art. 25 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de modo que en este tipo de operaciones de crédito revolving, se reputará usurario un interés remuneratorio que exceda en más de tres puntos el tipo de interés medio fijado para operaciones de esa misma naturaleza en la fecha de la suscripción del contrato, exceso que sobradamente se cumple en el contrato de litis. Considera en suma la Sala que un interés remuneratorio que supera en más de tres puntos porcentuales un tipo de interés medio, que de por sí ya es elevado (20%), es un interés —«notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» e incurre por tanto, en el supuesto de usura que contempla y sanciona la Ley de 23 julio 1908, de Represión de la Usura (artículos 1 y 3). No ha justificado tampoco la entidad prestamista la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de ese interés tan elevado respecto al normal/medio en operaciones de igual naturaleza, todo ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial que hemos citado y transcrito.

CUARTO.- No ha de correr mejor suerte el motivo atinente a la **cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudores e impagos** pues

en orden a acordar su nulidad, la Juzgadora sigue el criterio marcado por esta misma A. Provincial y Sección 3ª, en resoluciones anteriores en las que examinaba una cláusula de idéntico o muy parecido redactado a la presente (p. e en *sentencias de fecha 2 de mayo de 2019 , 20 de abril de 2018; 29/07/2020,)* y lo que es más relevante, concuerda también con el criterio que expresado por nuestro Tribunal Supremo Sala 1ª en recientes sentencias (pe. STS e de 25 de octubre de 2019 , 1 de julio de 2020 –números .566/19 -2524/20).En ellas remite a la normativa bancaria básica sobre comisiones constituida por “..la Orden EHA/2899/2011, junto con la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (actualmente Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera)” Y con fundamento en dicha normativa, concluye que, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes “*deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio*”.

En esta misma sentencia haciendo referencia a la *STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17 , Gyula Kiss)* y a la *STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13 , Matei)*, considera abusiva la cláusula, porque se aplica con mero automatismo por cada posición deudora , no discrimina periodos de mora, y el impago de cada una de las cuotas es suficiente para aplicar la comisión por cada uno de los impagos. También indica que no identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo. En definitiva, estima que la indeterminación genera

la abusividad, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Pues bien, examinando la cláusula de litis vemos que establece en favor del Banco, el devengo de una comisión por un importe fijo y predeterminado- (inicialmente 15 Euros posteriormente 39 Euros) y lo hace de forma automática e indiscriminada ante cada impago o con independencia de su entidad (*" se devengará, liquidará y adeudará en cuenta una sola vez por cada descubierto.. "*).No vincula el devengo de la comisión a la efectiva reclamación que haya hecho el Banco ni a unos gastos precalculados en que el banco pueda incurrir ,sino que se produce automáticamente ante cada cargo impagado y con independencia de la entidad del impago. Y como decía esta Sala en su Sentencia de 2 de mayo de 2019 , cuyos razonamientos son perfectamente trasladables al caso presente, *" La mejor prueba de ello es que cuando se concertó el contrato y se fijó la comisión no se había concertado por el Banco el contrato de arrendamiento de servicios con la mercantil Reintegra SA empresa dedicada al recobro y recuperaciones, firmándose dicho contrato mucho después –concretamente el día 11- 1- 2012 y su anexo XX – 1- 1- 2015. Se fijó por tanto ese importe prescindiendo del coste particular del servicio(no explicado) que se presta, no bastando para acreditar cual ha sido ese servicio , en que gestiones ha consistido, con los meros apuntes o anotaciones realizados en relación a la cuenta de los actores bajo los epígrafes "abrir o cerrar episodio deuda " asignar tratamiento pasivo ... o "envío SMS .."*

Estamos en suma una cláusula impuesta de manera unilateral por la entidad oferente en perjuicio de la posición del consumidor y de carácter abusivo dado su automatismo, indeterminación y desequilibrio, de conformidad con la normativa y jurisprudencia mencionadas.

QUINTO.- No podemos decir lo mismo con respecto al motivo referido a las cláusulas por la que se fija una comisión por descubierto, argumentando no haber quedado acreditado que el descubierto al que se aplica un determinado interés de

demora, haya conllevado una prestación de un servicio efectivo y cita en apoyo de su decisión el criterio expresado en una sentencia dictada por esta AP de fecha 2 de mayo de 2019(663/2019). Insiste la entidad recurrente en la validez y licitud de dicha comisión por su semejanza con la comisión de apertura y la doctrina que sobre esta comisión fijó el TS en su Sentencia de Pleno de 23 de enero de 2019.

También se ha pronunciado nuestro TS sobre esta específica comisión de descubierto en sentencias entre otras de fecha 13 de marzo y 15 de julio 2020 .Analiza en ella la normativa general y bancaria de aplicación y hace mención expresa a la figura del “descubierto tácito ” cuya regulación se contiene específicamente en el artículo 20 de la ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo .Advierte que se trata de una comisión distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras ya que cada una de ellas retribuye servicios distintos ,concretamente y según la Memoria del Banco de España , la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, mientras que la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente. En base a todo ello concluye haciendo las siguientes declaraciones:- *(i) el descubierto tácito en cuenta es un servicio bancario consistente en la concesión de una facilidad crediticia (crédito cfr. art. 20.4 LCCC) al titular de la cuenta mediante la autorización de cargos que exceden el importe del saldo disponible; (ii) dicho servicio bancario puede ser retribuido mediante una contraprestación, que puede revestir la forma de intereses o comisiones por descubierto; (iii) las citadas comisiones resultan válidas y lícitas siempre que, además de cumplirse con los correspondiente deberes de información: a) respeten el límite máximo equivalente a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 LCCC); b) no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos (esta comisión debe computarse conjuntamente con la de descubierto para respetar su límite); y c) no sea aplicable más de una vez en cada periodo de liquidación, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo periodo.”*

Añade también que esta comisión es un concepto distinto de los intereses de demora ya que uno y otro responden a caracteres y finalidades distintas. “ *La comisión de descubierto .tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de credito*”. “ *Diversamente los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente* ”

Pues bien, examinando las estipulaciones por descubierto aquí impugnadas, a la luz de las antedichas consideraciones jurisprudenciales ,pronto se ve la inconsistencia jurídica y jurisprudencial de las dos razones por las que la sentencia apelada-siguiendo lo alegado en la demanda- ha declarado nulas e ilícitas las referidas estipulaciones(el descubierto no conlleva ninguna prestación efectiva de servicio, y sobre el mismo ya se aplica un interés que lo remunera).En el contrato se facilitaba al consumidor información clara y suficiente sobre la comisión e intereses a cobrar caso de descubierto y tampoco ha probado-carga que incumbía al demandante ex artículo 217 LEC – que se hubieran incumplido las limitaciones señaladas por la jurisprudencia antes trascrita . Vemos así que en el primero de los contratos no se fija una comisión sino un interés por el descubierto(10,65%,) y en el contrato cuenta 1/2/3 (sexta) se fija el devengo de una comisión del 4,50% a cobrar “ con el mayor descubierto contable producido en el periodo de liquidación ” y se hace constar que el tipo de interés anual en descubierto a favor del banco del 7,25% (TAE 7,50%).

SEXTO.- En mérito a todo lo expuesto , acogemos parcialmente el recurso de apelación y revocamos también en aparte la sentencia de instancia en los términos que luego se dirá , no haciendo especial pronunciamiento con respecto a las costas originadas en esta alzada en atención al parcial estimación del recurso (Art. 398 LEC.)

No obstante y en relación con las costas de la instancia- hemos de dar la razón a la parte demandante, pues aunque ciertamente no se haya producido una

estimación íntegra o total de la demanda , se ha producido una estimación sustancial de la misma , supuesto equiparable al que también –según la jurisprudencia- resulta de aplicación el principio general del vencimiento objetivo ex artículo 394.1 LEC, Se han estimado las principales acciones declarativas ejercitadas (nulidad por usura del contrato de tarjeta de crédito, y nulidad de dos de las tres cláusulas impugnadas) y también las pretensiones accesorias de restitución de lo indebidamente pagado por causa del contrato y las cláusulas anuladas. Existe entre lo pedido y obtenido una diferencia cualitativa y cuantitativa , de escasa entidad y relevancia que no justifica excepcionar la aplicación de la antedicha regla general, y máxime ,estando como es el caso ante un procedimiento de cláusulas abusivas impugnadas por un consumidor, en el que también deben operar principios del derecho comunitario , como los de efectividad del derecho de la Unión Europea, el efecto disuasorio que supone su aplicación y la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. Y a este respecto baste traer a colación la **sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020** que tras proclamar que la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho a acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula declara literalmente :“ **-5) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.**

Y en parecidos términos , aunque en relación con la dudas de hecho y de derecho como excepción a la regla general del vencimiento objetivo , nuestro Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de Pleno 472/2020, de 17 de septiembre en la que también cita otra anterior (Sentencia 419/2017, de 4 de julio. declara lo siguiente,: **“si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a**

vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas”

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación ,

F A L L O

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada y ESTIMAMOS la impugnación formulada por la parte demandante , contra la Sentencia de fecha 2 de Enero de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Valladolid en los autos de Juicio Ordinario nº 2895/2018 y consecuentemente REVOCAMOS parcialmente la misma haciendo los siguientes pronunciamientos; DEJAMOS SIN EFECTO la declaración de nulidad de la cláusula sobre COMISIÓN POR DESCUBIERTOS contenida en el Contrato de apertura de cuenta corriente de 2 de marzo de 2000 modificado por contrato cuenta 1/2/3 de 20 de noviembre de 2017 así como la condena derivada de dicha nulidad; CONDENAMOS a la parte demandada al pago de las costas originadas en la primera instancia; y DEJAMOS SUBSISTENTES y CONFIRMAMOS el resto de los pronunciamientos.

No hacemos especial imposición de las costas originadas en esta segunda instancia.

Procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.