



Roj: **AAP B 8825/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:8825A**

Id Cendoj: **08019370192019200350**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **14/11/2019**

Nº de Recurso: **534/2019**

Nº de Resolución: **392/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL:aps19.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0800642120188153315

Recurso de apelación 534/2019 -A

Materia: Incidente

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Arenys de Mar

Procedimiento de origen:P.S. Cuestión incidental de especial pronunciamiento 693/2018

Parte recurrente/Solicitante: HOIST FINANCE SPAIN SL

Procurador/a: Judit Estany Secanell, Manuel Oliva Rossell

Abogado/a:

Parte recurrida: Modesto

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 392/2019

Magistrados:

Miguel Julián Collado Nuño Asunción Claret Castany Jose Manuel Regadera Sáenz

Barcelona, 14 de noviembre de 2019

Ponente: Miguel Julián Collado Nuño

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 4 de septiembre de 2019 se han recibido los autos de P.S. **Cuestión incidental** de especial pronunciamiento 693/2018 remitidos por Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Arenys de Mar a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Judit Estany Secanell, en nombre y representación de HOIST FINANCE SPAIN SL contra el Auto 150/2019 de 07/06/2019 y en el que consta como parte apelada Modesto .



Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:
" 1.- Declaro nula, por abusiva, la cláusula de vencimiento anticipado, que es la nº 7, de las Condiciones del contrato, denominada "Resolución anticipada" y, en consecuencia, declaro la improcedencia de la pretensión analizada, y su sobreseimiento.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de que por la entidad de crédito demandante se inste el pertinente procedimiento declarativo en ejercicio de la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable a la consumidora, en su caso.

2.- Declaro nula, por abusiva, la cláusula contractual con base en la cual la demandante reclama las cantidades correspondientes al concepto de "intereses remuneratorios" por lo que aunque no se hubiera declarado la improcedencia de la pretensión, nada podría exigirse a la parte consumidora en tal concepto."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 14/11/2019.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Miguel Julián Collado Nuño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto de 7 de junio de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arenys de Mar, Barcelona, en el curso del procedimiento monitorio 693/2018, inadmitía la pretensión inicial ejercitada por HOIST FINANCE SPAIN SLU dirigida contra Modesto por importe de 12.812,21 EUR tras declarar la naturaleza abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado y la relativa a los intereses remuneratorios. Se formuló recurso de apelación por parte de HOIST FINANCE SPAIN SLU al entender que las sumas objeto de reclamación corresponden a deuda vencida, líquida y exigible, sobre las que el obligado ha impagado 10 cuotas de las concertadas.

SEGUNDO.- Hemos de destacar como la especial naturaleza del procedimiento monitorio establece una radical relevancia a la posición manifestada por parte del deudor, en cuanto el contenido del mismo se concreta y define en el hecho mismo del requerimiento. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 817 LEC, si el deudor atiende el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, el Letrado de la Administración de Justicia acordará el archivo de las actuaciones. En cambio, en el supuesto de incomparecencia del deudor requerido, artículo 816 LEC, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de la misma Ley. Finalmente, el artículo 818 LEC articula los supuestos de oposición del deudor en los siguientes términos:

Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada. En el supuesto de que la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación conforme a lo previsto para este tipo de juicio, dando traslado de la oposición al actor, quien podrá impugnarla por escrito en el plazo de diez días. Mas, cuando el importe de la reclamación exceda de dicha cantidad, si el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor. Si presentare la demanda, en el decreto poniendo fin al proceso monitorio acordará dar traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes, salvo que no proceda su admisión, en cuyo caso acordará dar cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda.

TERCERO.- Debemos destacar que nos hallamos en la fase previa al requerimiento, de notable trascendencia mas condicionada al examen de oficio en el procedimiento monitorio de la abusividad de una cláusula en la que se funda su petición que, en este caso, ha tenido oportunidad de contradicción entre las partes en los términos descritos y ajustados al contenido del artículo 815.4 LEC que, tras la reforma operada por Ley 42/2015 de 5 de octubre que prevé, si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, prevé una fase de apreciación sobre el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. De este modo si se estimara el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la



continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas y si no lo no estimase, procederá el requerimiento al deudor en los términos previstos en el apartado 1.

La sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE ya tuvo ocasión de declarar expresamente 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.*" . De este modo resulta adecuada la oportunidad de examen de la abusividad de alguna o algunas de las cláusulas en las que se funda la petición inicial, situación que pudiera ser controvertida. Igualmente destacar el contenido de la sentencia C 176/17 , de 13 de septiembre de 2018 , que señala : "... *El artículo 7, apartado 1 , de 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 nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto, que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva...*". Se refería el Tribunal al riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formularan la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa pudieran disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen. De esta manera se refuerza el mecanismo de control de oficio y se resaltan las dificultades materiales para hacer efectiva una adecuada defensa de los intereses de los consumidores.

CUARTO.- En el caso expuesto y sobre las cláusulas examinadas por el Juzgador de instancia, este determina la nulidad de la relativa al vencimiento anticipado y a los intereses remuneratorios pactados. Comprobado por nuestra parte el contenido de los presentes autos, de la documentación acreditativa de la pretensión resulta ser la solicitud de TARJETA CITI ORO. A este se añade la certificación de WIZINK BANK SA cedente a HOIST FINANCE SPAIN SLU, de 2 de diciembre de 2016 que lo hace sobre un saldo pendiente de dicha cuenta de 13.122,21 EUR habiéndose renunciado por la peticionaria a los conceptos correspondientes a comisiones por reclamación; de dicha suma corresponden exclusivamente a principal 10.970,42 EUR y a intereses remuneratorios 1.941,79 EUR. De este modo y en los términos establecidos en el art 815 LEC:

"...4. Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.

De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1.

El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso ...".

De esta manera no resulta , en el presente supuesto , el principal objeto de reclamación consecuencia del vencimiento anticipado de una obligación sino que dicha cuantía corresponde a distintos usos de la tarjeta contratada para el pago de distintos productos y servicios identificados e individualizados en la petición efectuada sobre los cuales se establecía como método de pago , bien el pago total sobre el adeudo mensual del crédito bien el plago aplazado en los términos que figuran en la cláusula 9 del contrato ; de este modo y



sobre la reclamación efectuada sobre el principal adeudado ninguna relación cabe efectuar con el vencimiento expresado en la resolución de instancia ; que se deja sin efecto .

QUINTO.- La misma resolución declara la naturaleza abusiva del tipo de interés remuneratorio pactado. La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 mencionada en aquella se manifiesta en el sentido que sigue:

" Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril , y 469/2005, de 8 de septiembre , 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, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable."

Siguiendo la doctrina expresada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada , se haría precisa la calificación de la normalidad del interés con el referente estadístico publicado por el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente han de facilitar las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas e , igualmente, la evaluación del interés estipulado sobre su desproporción con las circunstancias del caso ; requisito que parece acoger el subjetivo incluido en la Norma reguladora . La sentencia de 25 de noviembre de 2015 incluso establece como la carga probatoria sobre la justificación de esta desproporción le corresponderá a la entidad financiera , reconociendo la posibilidad de acreditar un tipo de interés anormalmente alto en relación con el riesgo de la operación ; de este modo se señala por el Tribunal Supremo que si la finalidad del préstamo supone una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, se justifica que el prestamista , al igual que participa del riesgo, participe también en el beneficio mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. Igualmente reconoce el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas para justificar un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, excluyendo aquellas operaciones de crédito al consumo en que no se haya comprobado adecuadamente la capacidad de pago del prestatario por el prestamista.

En el presente supuesto , si comparamos el interés remuneratorio pactado , de 26,82 % con la tabla de tipos de interés publicado por el Banco de España según la información facilitada por las entidades de crédito en los términos establecidos por el Tribunal Supremo y que debe recoger las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas , comprobamos como el TEDR , tipo efectivo de definición restringida , equivalente al TAE sin comisiones , correspondiente a tarjetas para las que los titulares han solicitado el pago aplazado y tarjetas revolving , para el año 2014 se sitúa en el 21,17 % , en tanto que para el año 2015 resulta ser del 21,13% , lo que lo sitúa , en este supuesto , en la media superior de mercado mas sin que pueda considerarse como anormalmente elevado , obviando su análisis de desproporción . De este modo, en el caso que nos afecta los intereses remuneratorios pactados en el 26,82 % anual, no suponen un interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. El motivo se estima, dejando sin efecto la declaración de nulidad expresada.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC, las costas de esta alzada no se imponen a parte alguna.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de HOIST FINANCE SPAIN SLU contra el auto 7 de junio de 2019 , dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arenys de Mar , Barcelona, en el curso del procedimiento monitorio 693/2018 7, del que este Rollo dimana, debemos REVOCAR y REVOCAMOS la indicada resolución , debiéndose acordando seguir adelante con la sustanciación del procedimiento monitorio planteado con inclusión de la clausula que determina los intereses remuneratorios pactados , sin hacer , en relación con las costas causadas en esta alzada , especial pronunciamiento .

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.



Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ