

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de
Granadilla de Abona

SENTENCIA

Rollo núm. 943/2022.

Presidente

Magistrados

Don

Doña

En Santa Cruz de Tenerife, a dieciséis de febrero de dos mil veintitrés .

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los magistrados antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Granadilla de Abona, en los autos núm. 373/2020, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre nulidad de contrato y promovidos, como demandante, por DON , representado por la procuradora doña y dirigido por el letrado don Francisco de Borja Virgós Santisteban, contra la entidad ING BANK N.V, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la procuradora doña y asistida por el letrado don , ha pronunciado, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, la presente sentencia siendo ponente el magistrado don , con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la juez doña dictó sentencia el once

de febrero de dos mil veintidós, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO** *Estimar sustancialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de don* **contra ING BANK NV, SUCURSAL EN ESPAÑA y, en consecuencia: - No declarar la nulidad del contrato por usurario. - Declarar la nulidad de las cláusulas del contrato relativas al interés remuneratorio y a comisiones de reclamación por posiciones deudoras, con la consiguiente expulsión del contrato y la condena de la demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de dichas cláusulas más los intereses legales desde su efectivo cobro. Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada».**

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días; en el plazo conferido la representación de la parte demandante presentó escrito en el que se oponía al recurso presentado de contrario.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sección se acordó, una vez recibidas, incoar el presente rollo, designar ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día siete de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia apelada desestimó la pretensión de la demanda sobre la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes por usurario, pero estimó la de nulidad de las cláusulas relativa al interés remuneratorio y a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

2. Dicha resolución ha sido impugnada por la entidad demandada a través del presente recurso en el que, en primer lugar, se alega el error en la valoración de la prueba, pues la cláusula de intereses remuneratorios supera el doble control de transparencia; en segundo lugar se denuncia el error en la valoración de la prueba, como consecuencia de la *«inexistencia del carácter abusivo de la comisión por reclamación de posiciones deudoras y superación del control de incorporación»*.

3. El demandante se ha opuesto al recurso presentado de contrario, refuta sus argumentos e interesa en definitiva su desestimación con la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- 1. Es importante advertir que, de acuerdo con lo señalado en el hecho sexto de la demanda (relativo a la disposiciones de crédito), el carácter abusivo de la cláusula de intereses remuneratorios se infiere no ya del tipo porcentual del interés convenido (el 22% TAE), sino de la propia mecánica de su aplicación en relación con la forma de pago (cuotas mensuales), pues según se señala en ese hecho, el actor *«... pagó unas cuotas que resultaban muy inferiores a las disposiciones de crédito efectuadas, por lo que el resto se acumulaba como capital dispuesto pendiente de pago, generando intereses al tipo pactado en la liquidación del mes siguiente. En consecuencia si de cada cuota pagada mensualmente se detraían los intereses devengados al tipo de interés nominal del 22% TAE, el resto que queda para aplicar a*

la amortización de capital por las disposiciones de efectivo realizadas es mínimo».

2. Como se ve, el carácter abusivo se anuda al propio funcionamiento del sistema *revolving*, de modo que no plantea mayores dudas en este caso que la cláusula en cuestión (nº 13 del condicionado) cumple con los presupuestos necesarios para superar el control de incorporación o transparencia formal, en tanto figura en el condicionado del contrato redactada en términos gramaticales claros, sencillos y visibles. Su contenido se limita a recoger cual es el tipo de interés (22% TAE) y a señalar que se devengará diariamente sobre el importe aplazado en cada momento. Observa así los requisitos que los arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para la validez de esta clase de cláusulas.

3. Otra cosa es que supere el segundo de los controles, el de transparencia material o reforzada, que es también exigible cuando se está ante un elemento esencial del contrato y una de las partes tiene la condición de consumidor, como viene señalando la jurisprudencia. Debe destacarse que no es discutida la condición de consumidor del demandante; y que en este caso la demandada no acreditó haber suministrado a la actora información previa a la celebración del contrato, ya fuera sobre el sistema de amortización ya sobre cualquier otro aspecto. La única prueba sobre este presupuesto consistió en la propia documental en la que se plasmó el contrato y sus anexos, reducida en este punto a la cláusula antes indicada, y a la referida a los antecedentes y experiencia del demandante. Es decir, lo que la recurrente alega en su recurso es que el actor *«con carácter previo a contratar la Cuenta y su tarjeta asociada dispuso, leyó y, finalmente, aceptó los Contratos y sus Anexos, incluyéndose en estos documentos la información sobre las intereses remuneratorios»*. En decir, no hay más información suplementaria de la que resulta del propio contrato y sus anexos.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los artículos 60.1 y 80.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia, de tal manera que, además del filtro o control de incorporación referido, debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato, control que tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

5. Se impone, por tanto, la exigencia de un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá celebrar el contrato, y se destaca la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La

característica de esta tarjeta es la reconstrucción continua del capital (de ahí la denominación de *revolving* o *revolvente*, o más propiamente en nuestro idioma, *rotatorio* o *rotativo*) de modo que las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente, por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente; por otro lado, sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado y adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses.

6. Todo ello implica un coste alto y significativo del que el consumidor debe ser plenamente consciente y del que debe ser informado para que se cumpla con las exigencias de la transparencia material que toda condición general de la contratación debe reunir.

TERCERO.- 1. En este caso el contrato se limita a indicar el tipo de interés aplicable a los pagos aplazados y nada advierte, dentro de un condicionado de gran extensión, acerca de la proporción mínima que puede llegar a alcanzar la devolución del crédito frente al resto de cargas financieras, ni de que, en realidad, los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles son financiados junto al resto de las operaciones, por lo que, cuanto menor es el importe de la cuota a pagar, mayor es el plazo que se precisa para saldar la deuda acumulada. Nada concreta sobre la capitalización de los intereses, la forma de calcular la cuota o el sistema de amortización, que conlleva la muy gravosa consecuencia de que lo amortizado de capital es mínimo, viéndose obligado el consumidor al pago a lo largo de los años de elevadas cantidades en concepto de interés mientras que el capital apenas disminuye, de tal forma que no existe proporcionalidad alguna entre la suma dispuesta por el consumidor y lo que realmente se ve obligado a satisfacer. De este modo el cliente, o en otras palabras, un consumidor medio razonablemente atento y perspicaz, no puede hacerse una idea, siquiera aproximada, del coste que para él va a tener esta clase de financiación, no puede tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión de ese crédito le va a suponer. Ninguna simulación consta, en fin, acerca de los diversos escenarios que pudieran producirse según el montante de las disposiciones que efectuara el contratante, a fin de clarificar de este modo las gravosas consecuencias que suponía la aplicación de este producto.

2. Naturalmente y ante la ausencia en el texto del contrato de esos aspectos esenciales del funcionamiento del contrato y de la tarjeta, necesarios para que el consumidor hubiera poder tomar conocimiento de la carga que asumía, la apelante tenía que haber informado previamente al actor de tales circunstancias, lo que no consta que se hiciera, incumplimiento que aún mas grave si se tiene en cuenta que el sistema de amortización de esta clase de tarjetas comporta unos efectos muy perjudiciales para el patrimonio de quien las suscribe, bastante más allá de lo que resultaría de la aplicación lineal de los intereses pactados, ya de por sí elevados, que obliga a quien las comercializa a una especial y cuidadosa labor de información sobre este concreto particular.

3. Como es lógico, se requiere una información particularizada que no se completa con la simple fórmula de que el cliente toma conocimiento de las condiciones del contrato, ni basta con poner a sus disposición una información escrita *on line* a través de internet o de una red de datos, sobre la que, además, tampoco consta que reúna las condiciones ya señalados sobre la capitalización de intereses y forma de calcular la cuota o sistema de amortización.

CUARTO.- 1. Sobre la base de lo expuesto necesariamente debe concluirse en la falta de transparencia de la cláusula controvertida. Por lo demás y en lo que se refiere a la cláusula sobre reclamación de posiciones deudora también hay que concluir en el acierto de la sentencia apelada, pero es que al margen de ello, la comisión no es tal sino que encubre una penalidad por el incumplimiento en la medida en que no se trata de retribuir un servicio que efectivamente se presta, sino de gravar posición cada vez que se produce con una cantidad determinada al margen o con independencia de cualquier otra consideración. En realidad, la cuestión que se plantea con relación a esta cláusula es la de su impugnación cuando no consta que se haya aplicado -que es lo que alga la apelante- ni, por tanto, que configure el contenido económico de la pretensión deducida. En tal sentido, la jurisprudencia europea y de nuestro país viene entendiendo que el análisis de oficio de las cláusulas abusivas solo puede tener lugar cuando se relacionen o configuren la reclamación formulada, y el art. 695 de la LEC, al establecer las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, considera como tal únicamente las que integren «*el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible*». Aquí, sin embargo, no se trata de un análisis de oficio del tribunal ni se trata de una ejecución hipotecaria, de manera que debe desestimarse el recurso. Por otro lado, la apelante pone en relación dicha pretensión con el pronunciamiento de costas; sin embargo, una vez estimada la pretensión sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses remuneratorios, y al margen de la decisión sobre la otra (que, con carácter abstracto, es claramente abusiva) el principio de efectividad de los derechos de los consumidores determinaría en todo caso la imposición de las costas a la entidad demandante.

2. Procede, pues, la desestimación del recurso, de modo que las costas de la segunda instancia deben imponerse a la parte apelante por disponerlo así el art. 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la LEC.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto y **CONFIRMAMOS** en todas sus partes la sentencia recurrida, **IMPONIENDO** a la parte apelante las costas originadas en la segunda instancia **CON PÉRDIDA** del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.