

Materia: Nulidad
Resolución: Sentencia 000044/2022
IUP: BR2020031205

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u> FRANCISCO DE BORJA VIRGOS DE SANTISTEBAN	<u>Procurador:</u>
Demandado	SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGOS EFC, SAU		

SENTENCIA

En San Bartolomé de Tirajana, a 21 de febrero de 2022.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr./a. D./Dña. _____, Juez de Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de San Bartolomé de Tirajana los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0000721/2020 seguido entre partes, de una como demandante D./Dña. _____, dirigido por el Letrado D./Dña. FRANCISCO DE BORJA VIRGOS DE SANTISTEBAN y representado por el Procurador D./Dña. _____ y de otra, como demandada D./Dña. SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGOS EFC, SAU, sobre Nulidad.; en nombre de Su Majestad El Rey, dicta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ha sido interpuesta por la representación procesal de D./Dña. _____, contra SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGOS EFC, SAU que dio origen a los autos identificados con el número 721/2020.

En el suplico de la citada demanda se decía:

“-CON CARÁCTER PRINCIPAL: Declare que el contrato de crédito suscrito entre mi mandante y la entidad demandada es nulo por usurario y, en consecuencia, declare que el prestatario está tan sólo obligado a entregar al prestamista la suma recibida, condenando a la entidad demandada a restituir las cantidades que excedan del capital prestado, y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC.

-SUBSIDIARIAMENTE:

PRIMERO.-Se declare, que la cláusula por la que se impone el tipo de interés nominal y TAE en el contrato de tarjeta de crédito suscrito entre mi mandante y la entidad demandada, no se debe entender incorporada al contrato en virtud de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en consecuencia, conforme al art. 9 de la misma Ley, se condene a la entidad demandada a restituir las cantidades indebidamente pagadas en concepto de interés nominal, y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC.

SEGUNDO.-Declare que la cláusula del referido contrato de tarjeta de crédito por la que se impone una comisión por reclamación de cuota impagada de 30 euros es nula por abusiva, por imponer una indemnización desproporcionadamente alta y, en consecuencia, que la misma condición general se entienda no incorporada al contrato, conforme a los arts. 5 y 7 de la LCGC y, en consecuencia, condene a la entidad demandada a restituir a mi mandante las cantidades que por su concepto haya podido cobrarse y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC”

SEGUNDO.- La demanda fue admitida por decreto.

TERCERO.- La parte demandada ha formulado contestación.

CUARTO.- Celebrada la Audiencia previa, las partes fueron citadas para la celebración de vista, en la que se practicó el interrogatorio del demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora una acción de nulidad contractual, fundada en el carácter leonino del contrato, frente a Servicios Prescriptor y Medios de Pagos E.F.C., S.A.U., entidad acreedora del contrato de tarjeta de crédito firmado el 20/10/2015 (tarjeta de crédito “AVANTCARD”), con la entidad mercantil Avant Tarjeta E.F.C. S.A.U.

Los intereses vinculados al préstamo están recogidos en la cláusula segunda del contrato, en los siguientes términos:

2.2 Este crédito es mercantil y devengará, día a día, el interés nominal anual que se refleja en el impreso de solicitud de este contrato. El crédito concedido devengará intereses diariamente a un TAE del:

-21% (TIN 19,21%) en el caso de transferencias de saldo. El cálculo de la TAE no incluye el 4% de comisión recogida en la cláusula 2.10;

– a un TAE del 21% (TIN 19,21%) en el caso de disposiciones de efectivo (incluido sustitutos en efectivo) en oficinas, cajeros y otros lugares (“Transacciones en Efectivo”), el cálculo de la TAE no incluye el 4% de comisión por anticipo de efectivo recogida en la Cláusula 2.9;

– y a un TAE del 21% (TIN 19,21%) en el caso de pago de compras o la utilización de servicios en establecimientos adheridos al sistema (“Transacciones Generales”).

Pues bien, entiende la parte demandante que el contrato expuesto es nulo por las siguientes razones: 1º) el tipo remuneratorio es usuario; 2º) la cláusula que regula el interés no supera el doble control de transparencia.

De forma subsidiaria, solicita que se declare la nulidad de las cláusulas que regulan el tipo de interés nominal y TAE y las comisiones por impago de posiciones.

La parte demandada se opone al ejercicio de la acción, sobre la base de los siguientes argumentos:

Previo.- Con carácter previo, manifiesta que existe Falta de legitimación pasiva porque se ha cedido el crédito a LC ASSET 1 S.A.R.L.; cuestiona la condición de consumidor de la parte actora; e impugna la cuantía. Respecto a esta última cuestión, ya fue resuelta en la Audiencia Previa, considerando que la cuantía debe ser indeterminada.

1.- Indica que el interés aplicado del 21% no es usuario, sin que se le pueda sumar el 4% por transferencias, añadido puntualmente.

2.- En cualquier caso, entiende que la tabla objeto de aplicación al procedimiento, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es la tabla de “ tarjeta de crédito con pago aplazado “, que es la creada por el Banco de España para operaciones análogas al crédito revolving. Los tipos que recogen estas tablas son similares al previsto en el contrato objeto de autos, siendo del 21,15% en octubre de 2015.

3.- Aunque no se ha publicado la tabla “tarjeta de crédito con pago aplazado “correspondiente al año 2008, entiende que existen otras tablas estadísticas que confirman su tesis de que los intereses no son usuarios. En concreto, hacen mención al índice Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)

4.- En relación a la falta de transparencia de las cláusulas sobre interés remuneratorio y comisiones defiende la parte demandada que estamos ante un contrato sencillo, del que se informó puntualmente al cliente.

SEGUNDO.- Cuestiones previas:

Con carácter previo, deben resolverse dos cuestiones:

1.-Falta de legitimación pasiva: Tal y como manifiesta la actora en la Audiencia Previa, no aporta la demandada el supuesto contrato de cesión de créditos realizado en 2019 a LC ASSET. Solo aporta la carta de fecha 13 de septiembre de 2020, que manifiesta haber enviado a la parte actora para comunicarle la cesión de créditos.

Así, no acreditando tal cesión, la excepción debe ser rechazada. Nuestra Audiencia Provincial se pronuncia así, sobre la falta de acreditación de la cesión de créditos.

-Sentencia de la AP Las Palmas (Sección 5ª) de 13 septiembre de 2013: *“Es acertada la consideración del Juez a quo de que la legitimación para formular la demanda origen del presente procedimiento tiene por presupuesto la acreditación de la cesión del crédito verificada por la entidad bancaria a favor de la aquí demandante, lo cual no ha acontecido en las presentes actuaciones, limitándose la parte actora a aportar una certificación emitida por ella misma, la cual ha sido objeto de impugnación, y además no ha aportado el contrato de cesión en cuestión a pesar de que ha tenido dos momentos para ello pues desde el escrito de oposición al monitorio.”*

No se ha causado indefensión alguna a la entidad apelante (CESIONARIA) ya que ha sido su falta de diligencia la que le ha impedido proponer adecuadamente la prueba de la que pretendía servirse en juicio verbal, primero porque junto con la demanda inicial de juicio monitorio, ya debió aportar la documental acreditativa de la cesión a su favor, del contrato firmado por el DEUDOR con la entidad CEDENTE DEL CRÉDITO, así como del saldo deudor de dicho contrato, pero es más, formulada oposición en el procedimiento monitorio en la que se niega la legitimación activa de la actora, cuando se acude a la vista del juicio verbal, de nuevo pudo haber aportado la referida prueba documental.”

Recapitulando se obtiene que la parte actora no ha acreditado ser titular del derecho de crédito en virtud de cesión contractual, pues dicha cesión, cuestionada de contrario, no basta con alegarla y tratar de justificarla con una certificación de la propia entidad actora“.

Por tanto, se desestima dicha excepción procesal planteada.

2.-Condición de consumidor:

La parte demandada niega la condición de consumidor del actor. Sin embargo, existe cierta incongruencia entre negar la condición de consumidor del demandante, y al mismo tiempo aportar los modelos normalizados de contratación con consumidores, previstos en la Ley 16/2011, que la entidad financiera hizo firmar a don . Si se le han entregado estos modelos, será porque se admitía que el demandante actuaba como consumidor.

TERCERO.- Sobre los intereses remuneratorios:

La STS 628/2015, de 25 de noviembre (relativa a los intereses remuneratorios pactados en el contrato de tarjeta de crédito VISA ORO), resulta crucial a la de fijar los criterios de valoración del interés remuneratorios de los préstamos:

1.- El análisis del interés remuneratorio de los préstamos al consumo no debe llevarse a cabo desde la perspectiva de la legislación sobre consumidores y usuarios, puesto que el interés remuneratorio equivale al precio de la operación, y el precio de los contratos es una elemento esencial de los mismos, que no está sujeta a un estudio de abusividad. Por tanto, el interés remuneratorio podrá ser atacado si se considera usurario, y ello está sujeto a una norma específica, que es la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Ley Azcárate). Dice el Alto Tribunal:

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 469/2015, 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.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito « sustancialmente equivalente » al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio , 113/2013, de 22 de febrero , y 677/2014, de 2 de diciembre

2.- Aunque la Ley Azcárate fija como ámbito de aplicación los préstamos, su contenido es extensible, por aplicación del art. 9, a otras operaciones equivalentes, entre las que se encontrarían los créditos revolving.

Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: « [l]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido» .

La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

3.- Para entender que un préstamo es usurario no es necesario que concurren al tiempo las condiciones objetivas (interés desproporcionadamente alto al habitual para operaciones equivalentes), y las subjetivas (que la contratación sea resultado de la situación angustiosa o falta de experiencia del cliente). Por tanto, la simple constatación de que el interés es sensiblemente superior al usual de otras operaciones equivalentes justifica la declaración de nulidad.

A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, 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, 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».

4.- Para llevar a cabo el estudio de si un interés notablemente superior al habitual, pueden entrar a considerarse factores tales como la falta de garantías que ofrece el prestatario, o el riesgo que conlleva la operación. Ahora bien, la carga de probar estas circunstancias corresponde a la entidad prestamista, por lo que, a falta de prueba al respecto, habrá de presumirse que en el prestatario no concurrían circunstancias especiales.

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la

excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado⁵ 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.

5.- A los efectos de comparar el importe del interés pactado y el del interés habitual, el dato relevante viene marcado por el TAE, y no por el porcentaje de interés remuneratorio, puesto que el TAE representa en mejor medida la carga financiera que el crédito supone para el cliente.

El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. 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. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia

6.- En cuanto al resultado de la comparación, el Alto Tribunal estima que un TAE superior en más del doble al interés habitual de los préstamos al consumo debe considerarse leonino.

Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse 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 (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

En el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es « notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como « notablemente superior al normal del dinero».

CUARTO.- Por tanto, para establecer si el interés es leonino éste debe compararse con el interés que se entiende "normal" en un momento dado. Para llevar a cabo esta comparación la STS 628/2015 usó las tablas estadísticas publicadas por el Banco de España, concretamente aquellas que las que recogían el TAE medio de las operaciones de "crédito al consumo". Sin embargo, este sistema es dudoso, porque el Boletín Estadístico del Banco de España de julio/agosto de 2010 anunció que las operaciones vinculadas a "tarjetas de crédito con pago aplazado", como es la del caso de autos, debían recogerse en una tabla independiente, distinta de la tabla sobre "crédito al consumo" empleada por la STS 628/2015. Puede leerse en el citado boletín estadístico:

La Circular del Banco de España 1/2010, de 27 de enero, ha modificado la Circular 4/2002, relativa a los tipos de interés aplicados por las entidades de crédito a los depósitos y a los créditos concedidos a hogares y sociedades no financieras, para adaptarla a las modificaciones que ha introducido el Reglamento (CE) 290/2009 del Banco Central Europeo, de 31 de marzo. La nueva Circular contempla un detalle mayor de la información relativa a las nuevas operaciones de préstamo. Esta nueva información comenzará a publicarse cuando se disponga de series suficientemente representativas. Además, la nueva Circular modifica algunos criterios que afectan a la clasificación y al contenido de determinadas operaciones, ocasionando las consiguientes rupturas en las series de datos. Así, la serie que hasta el dato de mayo de 2010, inclusive, se denominaba «Descubiertos» incluye también, a partir de junio de 2010, las líneas de crédito, pasando a denominarse «Descubiertos y líneas de crédito» (anteriormente las líneas de crédito se incluían junto con el resto de las operaciones de crédito

por plazos). Además, en el caso de las líneas de crédito, la nueva Circular considera «Operación nueva» el saldo vivo a fin de cada mes, y no el importe de crédito concedido en el mes, como ocurría antes. Estos cambios se reflejan en los datos de tipos de interés y en las cuantías del nuevo concepto «Descubiertos y líneas de crédito». Finalmente, los cambios de la nueva Circular afectan significativamente a los datos de «Crédito al consumo hasta un año», que, a partir de los datos de junio de 2010, deja de incluir las operaciones de crédito mediante tarjeta de crédito. Estas operaciones se proporcionarán próximamente por separado, una vez que se disponga de series representativas.

El anunciado cuadro estadístico sobre operaciones con “ tarjeta de crédito con pago aplazado “ demoró su aparición en el boletín estadístico del Banco de España, ya que no fue hasta mayo de 2016 que empiezan a publicarse estas tablas, con datos reformulados desde el año 2011. Estos datos sobre tarjetas de crédito quedaron integrados en la tabla 19.4. Los tipos de interés medios correspondientes a la columna de “ Tarjetas de crédito de7 pago aplazado “ son sensiblemente superiores a los que figuran en las operaciones de “ crédito al consumo “, por lo que surgió la discusión sobre si la comparación de tipos a efectos de valorar si éstos eran leoninos debía llevarse a cabo con una u otra columna.

Esta discusión sobre cuál era el término de comparación correcto ha sido zanjada recientemente por el Tribunal Supremo (STS, Sala Civil, del 04 de marzo de 2020, ROJ: STS 600/2020) , que opta por la aplicación de la tabla específica al tipo de operación realizada (lo que en la práctica supone la aplicación en el presente supuesto de la tabla prevista para las operaciones con tarjeta). Dice la sentencia invocada:

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.

QUINTO.- La operación contratada en octubre de 2015 tenía un TAE del 21 %, si bien, en disposiciones en efectivo, debía sumarse un 4%, por lo que el TAE ascendía a 25%.

Como se observa de la lectura de la cláusula segunda, el TAE del contrato variaba en función del uso que el cliente diese a la tarjeta:

-21% (TIN 19,21%) en el caso de transferencias de saldo. El cálculo de la TAE no incluye el 4% de comisión recogida en la cláusula 2.10;

– a un TAE del 21% (TIN 19,21%) en el caso de disposiciones de efectivo (incluido sustitutivos

en efectivo) en oficinas, cajeros y otros lugares (“Transacciones en Efectivo”), el cálculo de la TAE no incluye el 4% de comisión por anticipo de efectivo recogida en la Cláusula 2.9;

*– y a un **TAE del 21%** (TIN 19,21%) en el caso de pago de compras o la utilización de servicios en establecimientos adheridos al sistema (“Transacciones Generales”).*

La tabla del Banco de España de aplicación al caso es la relativa a los intereses de “Tarjeta de Crédito con pago aplazado de octubre de 2015, era del 21,15%, que es la siguiente:

https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/16/Fich/be_mayo2016_es.pdf

A la vista de lo expuesto, debemos declarar abusivo el tipo de interés pactado, y ello por las siguientes razones:

1.- Si el límite viene dado por el TAE (21,15 %), se concluye que el contrato sí que supera, en ciertos escenarios (en los casos de disposiciones en efectivo es del **25 %**), el citado límite.

2.- En el supuesto transferencia de saldos, cuyo TAE es del 21 %, no se ha incluido la comisión de la cláusula 2.10 (“2.10 *Las transferencias de saldo estarán sujetas al pago de una comisión del 4% sobre la cuantía de la transacción, con un pago mínimo de 3€*”), pese a que se trata de una comisión de cobro seguro en caso de transferencias. De lo que se deduce que el coste de dicha operación sería incluso superior a lo que el TAE refleja.

3.- Indica la demandada que el TAE aplicado al contrato ha sido del 21 %. Pero puesto que el contrato permite al cliente, entre otras actuaciones, la obtención de dinero en efectivo (cláusula 4.1), entonces el mantenimiento del contrato daría carta de naturaleza a que en el futuro se le pudiera aplicar un TAE del 25%.

4.- Las condiciones del contrato eran susceptibles de ser modificadas por la parte demandada, por lo que no hay certeza de que los intereses que acabamos de analizar no fuesen corregidos al alza durante la vida del contrato.

Dice la cláusula tercera del contrato:

“3.1 MBNA se reserva el derecho a modificar las condiciones del Contrato, notificándolo al Titular.

3.2 Cuando tales modificaciones impliquen un cambio en el coste total del crédito, MBNA deberá anunciarlo con un mes de antelación en el tablón de anuncios de sus oficinas e informar al Titular por escrito, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 15.

Si el Titular estuviera en desacuerdo con las modificaciones comunicadas por MBNA, podrá terminar este Contrato de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 13 del mismo.

En este caso, las cantidades pendientes de pago continuarán devengando intereses al tipo pactado. Las modificaciones del coste total del crédito estarán vinculadas a los cambios del mercado, al coste asumido por MBNA para prestar el servicio de tarjeta de crédito y/o al cumplimiento de las obligaciones del Titular. Dichas modificaciones se llevarán a cabo

objetivamente y su causa será notificada de forma clara al Titular, de acuerdo con la normativa aplicable.”

5.- Propone como índice alternativo la parte demandada el índice Asnef (que es el elaborado por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito).

Ahora bien, no puede darse fiabilidad suficiente a este índice, por las siguientes razones:

En la página web de ASNEF (<https://www.asnef.com/indice-asnef/indice-asnef-2008-2018>) se dice, sobre el modo de elaboración que :

“El objeto de este índice es dotar de mayor transparencia a los productos y servicios de financiación ofrecidos a los consumidores, dada su complejidad actual, y posibilitar que los consumidores tengan una referencia directa e inmediata de cuáles son los tipos de interés que se han aplicado en el mercado El “ÍNDICE ASNEF” se elabora con los datos recopilados por la Asociación entre aquellas entidades miembros de la misma que, libre y voluntariamente, han querido participar, haciendo constar expresamente que las entidades asociadas de ASNEF son libres de aplicar los tipos de interés que decidan en cada momento, como corresponde a un régimen de libre mercado que no regula ni fija límites a los tipos de interés en operaciones de préstamo o crédito”.

Por tanto, y dado que la aportación de datos es voluntaria, y no contamos con datos de participación, no es posible determinar hasta qué punto esta tabla es representativa de lo que ocurre en el mercado, porque en realidad no sabemos si ha participado en su elaboración un volumen representativo de empresas.

La tabla expone un tipo máximo del 80 % de las operaciones, y un tipo mínimo del 80% de las operaciones. Este sistema difiere del empleado por el Banco de España, que establece simplemente un tipo medio. No sabemos qué incidencia tiene sobre los datos finales la opción por uno u otro sistema.

Por tanto, debe declararse abusivo el tipo de interés pactado.

SIXTO.- La STS 628/2015 expone los efectos de la declaración de nulidad del contrato:

“1.- El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Banco Sygma al demandado conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como « radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva» sentencia núm. 539/2009, de 14 de julio.

2.- Las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

En el caso objeto del recurso, el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda ha de ser completamente desestimada.”

Por tanto, el cliente solo tiene la obligación de abonar el crédito del que efectivamente haya dispuesto, sin que se le puedan imponer intereses o comisiones.

Y si los pagos efectuados superan el importe del crédito dispuesto (circunstancia ésta que concurre en el caso de autos, y es admitida por las dos partes), entonces tiene el cliente un derecho de crédito a su favor para que le sea restituido el exceso de abono.

SÉPTIMO.- Costas e intereses.

El art. 1.108 del Código Civil establece: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños Y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

El artículo 394 consagra el principio de vencimiento objetivo en materia de costas, por lo que deben ser satisfechas por la parte demandada.

FALLO

Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por D./Dña. _____,

contra SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGOS EFC, SAU.:

1. - Declaro la nulidad por leonino del contrato de tarjeta de crédito firmado 20/10/2015 (tarjeta de crédito “AVANTCARD”).

Ello implica que el demandado sólo tiene la obligación de restituir la cantidad efectivamente recibida, sin que se le puedan reclamar los restantes conceptos del contrato, tales como intereses o comisiones. Y si ha abonado más del principal del que ha dispuesto, surge a su favor el derecho a reclamar el exceso.

2.- Condeno a la demandada a abonar a la demandante la cantidad que haya pagado por encima del capital efectivamente dispuesto en uso del crédito. Esta cantidad, en defecto de cumplimiento voluntario, se calculará en ejecución de sentencia, y generará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.

3.- **Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada.**

Notifíquese esta sentencia a las partes.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncia, manda y firma,
Primera Instancia número 5 de San Bartolomé de Tirajana.

_____, del Juzgado de