

**XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1
VILALBA**

SENTENCIA: 00127/2021

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000218 /2021 M

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Vilalba, a 22 de noviembre de 2021

, jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilalba ha visto los presentes autos de juicio ordinario nº 218/2021 seguidos a instancia de doña representada por don y defendida por doña Azucena Natalia Rodríguez Picallo. Ha sido parte demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., actuando bajo la representación procesal de doña y la asistencia letrada de doña .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña
presentó demanda de juicio ordinario contra
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., (en adelante, BBVA) en
la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que
consideró de aplicación terminó interesando que se dictase
sentencia por la que se declarase la nulidad por usura del
contrato de tarjeta "Affinity Card Visa" con n° de contrato
y n° actual de tarjeta
suscrito entre la demandante y UNO BANK, S.A.
(actualmente, BBVA) en el año 2008, condenando a la demandada
a restituir a la actora la suma de las cantidades percibidas
en la vida del crédito que excedan del capital prestado a la
demandante, más los intereses legales.

Subsidiariamente interesó que se declare la nulidad por
abusiva al no superar el control de inclusión y transparencia,
de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios,
condenando a la demandada a restituir a la actora la totalidad
de los intereses remuneratorio sabonados, más los intereses
legales; que se declare la nulidad de la cláusula de comisión
de devolución del contrato, condenando a la demandada a
devolver las cantidades indebidamente cobradas por aplicación
de dicha cláusula incrementada con los intereses
correspondientes. De forma subsidiaria también, que se
declare la nulidad por abusiva de la cláusula de
modificación de las condiciones del contrato antes referido
condenando a la demanda a restituir a la actora las cantidades
cobradas en exceso con motivo de la aplicación de la cláusula,
más los intereses. Y en todo caso, con expresa condena en
costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, la parte demandada en
plazo legal se personó en debida forma y presentó

contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito.

TERCERO.- El día 18 de octubre del presente año se celebró la correspondiente audiencia previa en la que, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba. Tras admitir la documental dando por reproducida la que obra en autos, los mismos quedaron vistos para dictar sentencia sin necesidad de celebración de la vista.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Pretensiones de las partes. Determinación del objeto del debate.*

En virtud de la documentación obrante en autos y manifestaciones de las partes sobre extremos no controvertidos, consta acreditado que la demandante contrató en el año 2008 (sin poder concretar día y mes porque no consta tan siquiera el contrato que la parte demandada, pese a ser requerida no ha aportado), un contrato de tarjeta de crédito "Affinity Card Visa" con UNOE BANK, S.A., hoy en día BBVA. Conforme al contrato se aplicó inicialmente un TIN del 1,70% y

una TAE del 22,42%, según resulta del certificado de movimientos de la tarjeta en los últimos seis años remitido por la entidad (documento n° 11 de la demanda). Con posterioridad, al menos desde el año 2011 y hasta abril de 2020 se aplicó un TIN del 1,85% y una TAE del 24,60% según resulta de la misiva que la demandada remitió a la consumidora el 14 de abril de 2011, acompañando la renovación de la tarjeta (documento n° 3 de la demanda).

La demandante denunció la nulidad del interés remuneratorio invocando su carácter usurario, por lo que insta la nulidad del contrato conforme a Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, por ser aquél notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado en relación a las circunstancias del caso, con la consecuencia legal de que sólo tiene obligación de entregar a la prestamista la suma dispuesta en concepto de capital, debiendo devolver la demandada todas las cantidades percibidas por cualquier concepto que superen el capital dispuesto, que determina su cuantificación en ejecución de sentencia.

Por su parte, la demandada BBVA llamó la atención sobre la falta de acreditación de los hechos alegados por la demandante sobre la base de que ni tan siquiera había aportado copia del contrato suscrito entre las partes. Igualmente, defendió el carácter no usurario del interés remuneratorio pactado, pues es el habitual en el mercado para las tarjetas de crédito "revolving", y la necesidad de que se constate el carácter leonino del préstamo, invocando, asimismo, la doctrina de los actos propios y sosteniendo, que todas las cláusulas superan el control de inclusión y transparencia, habiéndose adherido de forma voluntaria y consciente al seguro de pagos protegidos. Excepcionó, en cuanto a la acción de restitución

ejercitada por la actora con carácter subsidiario, la prescripción de la misma.

SEGUNDO.- *Jurisprudencia aplicable al caso. Intereses remuneratorios*

El contrato cuya nulidad se pide implica la concesión de un crédito del que puede disponerse mediante la compra de bienes y servicios en establecimientos o mediante Internet, mediante retirada de efectivo en cajeros o realizando transferencias con cargo a la cuenta de la tarjeta. Su devolución puede realizarse acudiendo al pago de la totalidad del crédito dispuesto al final de la liquidación o en la modalidad de pago aplazado, cuando al final del periodo de liquidación, el cliente no devuelve todo sino una cantidad fija o un porcentaje del crédito dispuesto, respetando un mínimo y aplazándose el importe no devuelto, principal e intereses remuneratorios, hasta el siguiente periodo de liquidación en el que se vuelve a aplicar el mismo sistema de opciones de pago.

En principio los intereses remuneratorios, en cuanto constituyen el "precio" o contraprestación de la operación y por tanto son un elemento esencial del contrato, no pueden ser objeto del control de abusividad en base a la normativa de protección de los consumidores y usuarios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 viene a concluir la imposibilidad de declarar nula por abusiva una cláusula esencial del contrato, indicando que "aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos

del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)".

Sin embargo, el pacto de intereses remuneratorios no está fuera del control jurisdiccional y no supone que deba ser aceptado por las partes por el mero hecho de haber sido incluido en el contrato firmado (artículo 1255 Código Civil), puesto que como de manera expresa se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en los casos de contratos de adhesión habrá que respetar las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez a que se refiere el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y porque como se señala en *"el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo"*.

En consecuencia, si bien los intereses remuneratorios están al margen de un control de contenido, sí que están sometidos, cuando están inscritos en un contrato celebrado con consumidores, al doble del control de transparencia, que va más allá del control de inclusión a que se refiere al artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y que suponen que al adherente conozca o pueda conocer la carga económica y jurídica que derive para él del contrato en cuestión.

Por otra parte, la sentencia del Pleno del TS del 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5001) , en un contrato parejo al

presente, denominado "crédito revolving", en el que el consumidor puede disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realicen ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, concluye que aun no tratándose propiamente de un contrato de préstamo, le es de aplicación la Ley de Usura (LEG 1908, 57) , puesto que su artículo 9 prevé que "Lo dispuesto en 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", por lo que considera que esa norma debe de ser aplicada a toda operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo. Esa misma sentencia reconoce el principio de libertad de la tasa de interés del art. 315 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) , y señala, recogiendo la doctrina ya expuesta, que 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, 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.

Sienta asimismo la doctrina de que, para que un préstamo pueda considerarse usurario, no es necesario que concurran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la Ley, siendo suficiente que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que sea exigible que concurran los otros presupuestos, esto es, que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

De forma más detallada y en orden a determinar el interés a tener en cuenta como elemento de referencia, precisa que 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 (T.A.E), 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. Y precisa, que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero", que no es el legal del dinero, sino el interés « normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente", de modo que 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 (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.).

TERCERO.- *Intereses remuneratorios en el caso de autos*

Cabe señalar en primer lugar, que el primer argumento esgrimido en la contestación por la demandada y relativo a la falta de acreditación de los hechos alegados en la demanda, tiene que ser desechado. Y ello por cuanto si bien es cierto que la parte actora no pudo aportar el copia del contrato suscrito, no lo es menos que, primero extrajudicialmente y después en el marco del procedimiento judicial, requirió en reiteradas ocasiones a la entidad bancaria para que fuese ella quien aportase el original, así como el cuadro resumen de liquidación actualizado y completo del contrato objeto de autos. No puede desconocerse ni obviarse que es el banco prestamista quien goza de la facilidad y disponibilidad probatoria, pues es el quien posee los originales de los contratos suscritos con los clientes y quien confecciona todos los documentos relativos a los mismos y que de la relación contractual dimanen.

Ergo, el no atender el requerimiento efectuado por la demandante extra judicialmente, ni tampoco el efectuado por el juzgado a instancia de la litigante activa, en ningún caso puede redundar en perjuicio de esta que ha aportado toda la documentación que estaba en su poder para acreditar los hechos en que funda su pretensión. Máxime cuando la entidad bancaria no discute la existencia de la relación contractual, ni controvierte que el contrato fuera suscrito durante los dos primeros meses de 2008, ni tampoco el interés que

supuestamente se aplicó desde el inicio y el posterior aplicado desde el año 2011.

Resuelto lo anterior y expuesta ya la jurisprudencia existente sobre la materia, aplicándola al caso de autos, de la documentación aportada resulta, en lo que aquí interesa, que el interés remuneratorio aplicado inicialmente fue un TIN del 1,70% y una TAE del 22,42%,. Con posterioridad, al menos desde el año 2011 y hasta abril de 2020 se aplicó un TIN del 1,85% y una TAE del 24,60% para compras que establecimientos adheridos al sistema VISA que no sean propiedad de Inditex (y del 22,42% para el caso de que lo fuesen) según resulta de la misiva que la demandada remitió a la consumidora el 14 de abril de 2011, acompañando la renovación de la tarjeta (documento n° 3 de la demanda) y del certificado de movimientos de la tarjeta en los últimos seis años remitido por la entidad (documento n° 11 de la demanda).

La demandada sostuvo que el tipo aplicado tratándose de operaciones realizadas con tarjeta de crédito, se ajusta al tipo de interés aplicable al mercado de tarjetas de crédito y para acreditar tal circunstancia realiza un análisis comparativo del T.A.E aplicado por entidades bancarias que ofrecen ese mismo servicio y, asimismo, realiza una media aritmética ponderada de los tipos aplicables a saldos de contratos de tarjeta de crédito de pago aplazado, publicados mensualmente por el Banco de España desde el año 2010. Sin embargo, lo cierto es que la media aritmética ponderada que hace la demandada parte de unas publicaciones mensuales del Banco de España, cuya efectiva existencia no consta, y que en todo caso serían posteriores a la fecha de celebración del contrato de tarjeta de crédito que se dilucida.

Así, el único elemento de referencia posible es el que cita el Tribunal Supremo, de modo que si se acude a las estadísticas publicadas por el Banco de España, con un tipo de interés en media anual para préstamos al consumo con plazos entre 1 y 5 años en los meses de enero y febrero (cuando tuvo que suscribirse el contrato litigioso) era del 10,55 y del 10,48, respectivamente. Y en abril de 2011, cuando se incrementó el tipo de interés aplicado al contrato, la TAE media en España de estos créditos al consumo era del 8,27%. Así pues, resulta entonces evidente esa disparidad entre el T.A.E fijado para la operación litigiosa y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado el contrato litigioso, pues supera casi más de tres veces el reseñado interés. Por ello, el remuneratorio pactado debe de considerarse notablemente superior al normal del dinero.

Cumplido el primer requisito es necesario, también, para que el préstamo pueda ser considerado usurario, que el interés sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Para ello el Tribunal Supremo, partiendo de que la normalidad no precisa de especial prueba, debiendo ser alegada y probada, hace descansar en la entidad financiera que concedió el crédito "revolving" la prueba de la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo. Lo cierto es que en el caso de autos la demandada no ha probado la concurrencia de circunstancias excepcionales que así lo justifiquen, como pudiera ser la posible falta de solvencia de la demandante o cualquier otra que pudiera explicar ese elevado interés, no siendo suficiente la alegación de asunción de un teórico alto riesgo, pues ciertamente fue asumido libremente por la entidad

financiera que decidió no exigir garantía alguna al demandante, consumidor destinatario del producto.

Consecuencia de lo dicho, y sin que sea necesario adentrarse en el estudio de los otros presupuestos, esto es, que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, lo que ha sido descartado por el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada, debe declararse el carácter usurario de los intereses remuneratorios. Y ello lleva aparejada la nulidad del contrato por prescripción legal, con las consecuencias del artículo 3 de la mentada ley represora de la usura (LEG 1908, 57) , que expresamente dice "... el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado" y que ha sido calificada por el TS en la sentencia de 14-07-2009 (RJ 2009, 4467) y posteriormente en la de 25-1(sic)-2015 (RJ 2015, 5001) , como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva. Así, se excluye la aplicación al caso de autos de la doctrina de los actos propios como pretende la demandada, y determina que esta última deberá devolver a la parte actora la suma que exceda del capital dispuesto.

Tampoco cabe acoger la diferencia entre acción de nulidad por usura y acción de restitución que expone la demanda en su contestación para, so pretexto de la diferencia, invocar el plazo de prescripción a que estaría sometida esta última acción (el general de cinco años conforme al artículo 1964.2 del Código Civil). En este sentido, la jurisprudencia y la Ley son claras cuando, por un lado, consagran la acción de nulidad por usura como radical, absoluta, no convalidable sino subsanable, no susceptible de prescripción extintiva y

originaria, lo que suponer retrotraer sus efectos al momento en que nace el contrato que es nulo. Las consecuencias de considerar usurario el contrato, no pueden desligarse de tal declaración, sino que derivan de la misma, le son inherentes a ella y no pueden concebirse por separado. Estas consecuencias, como se adelantaba no son otras que las previstas en el artículo 3 de la Ley Azcárate: "el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado". En este sentido y entre otras muchas, la reciente SAP de A Coruña 130/2021, de 15 de abril (Roj: SAP C 803/2021 - ECLI:ES:APC:2021:803), con cita de la STS de 14 de julio 2009 y del Pleno de 25 de noviembre de 2015; o la SAP de Jaén 531/2021, de 13 de mayo (Roj: SAP J 891/2021 - ECLI:ES:APJ:2021:891) cuando declara que: La declaración de usurario de un contrato de préstamo comporta su nulidad radical o absoluta y originaria, no convalidable sino insubsanable, y no susceptible de prescripción extintiva (*STS de 14 de julio 2009 y del Pleno de 25 de noviembre de 2015*). O en palabras de la reciente *SAP de Valencia, secc 6ª, de 10-2-2020* , se trata de una "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva".

Lo anterior hace innecesario pronunciarse sobre el resto de pretensiones que se ejercitan en la demanda, pues como ya se ha dicho, la declaración de nulidad del contrato por usurario conlleva que el prestatario únicamente venga obligado al pago del capital, debiendo reintegrar por ello la demandada a la actora aquellas cantidades satisfechas por esta por conceptos diferentes al importe prestado, afectadas por la

declaración de nulidad declarada, sin perjuicio de las compensaciones a que hubiera lugar por el capital dispuesto pendiente de pago a fecha actual, considerándose por ello conveniente diferir al trámite de ejecución de sentencia la determinación de saldo resultante.

CUARTO.- Costas

De conformidad con el artículo 394.1 LEC que consagra el principio de vencimiento objetivo, corresponde el pago de las costas a la demandada sin que se aprecie en este caso duda alguna de hecho o de derecho.

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

FALLO

Que **ESTIMO** la demanda presentada por la representación legal de doña _____ contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y **DECLARO** la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito "Affinity Card Visa" con n° de contrato _____ y n° actual de tarjeta _____ suscrito entre las partes entre los meses de enero y febrero de 2008 entre la demandante y UNOE BANK, S.A. (actualmente, BBVA), **CONDENANDO** a la demandada a restituir a la actora la suma de las cantidades percibidas en la vida del crédito que excedan del capital prestado a la demandante que

se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y los de mora procesal que se devengarán con el dictado de la presente resolución; así como al pago de las costas procesales.

Así lo acuerda, manda y firma _____, jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vilalba.