

SENTENCIA NÚM.: 257/2020

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA

DOÑA

DON

En Valencia a veinticuatro de
febrero de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA** , el presente rollo de apelación número 001398/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000171/2018, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE SAGUNTO, entre partes, de una, como apelante a ESTRELLA RECEIVABLES LIMITED S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , en virtud del recurso de apelación interpuesto por ESTRELLA RECEIVABLES LIMITED S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE SAGUNTO en fecha 27 de diciembre de 2018, contiene el siguiente FALLO: "Se estima íntegramente la demanda interpuesta a instancia de don , representado por el procurador de los tribunales, don contra la entidad ESTRELLA RECEIVABLES LIMITED, S.A., representada por el procurador de los tribunales, don y, en consecuencia debo:

- 1.- Declarar la nulidad de la cláusula relativa al interés remuneratorio pactado en el contrato de tarjeta Barclaycard suscrito por don en fecha 26 de septiembre de 2005, con la entidad BARCLAYS BANK, PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, y por ello, don solo debe abonar el capital. Lo pagado en exceso por intereses y comisiones lo debe devolver la entidad financiera demandada.
- 2.- Condenar en costas procesales a la entidad financiera demandada."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por ESTRELLA RECEIVABLES LIMITED S.A., dándose el trámite previsto en la Ley y

remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes.*

1º) Las partes suscribieron un contrato de tarjeta de crédito en fecha de 26 de septiembre de 2005.

2º).-El TAE fijado para el interés remuneratorio fue del 23'90%.

3º).- Se establecieron cuotas flexibles que capitalizaban intereses lo que se ha venido a denominar el revolving. Y la tarjeta tenía por objeto la adquisición de bienes y servicios de consumo.

SEGUNDO.- *Delimitación del objeto del recurso de apelación. Valoración de la Sala.*

El recurso de apelación alega, en primer lugar, error en la valoración de la prueba al considerar que la parte demandante conocía el tipo de tarjeta que estaba contratando. Ello lo fundamenta en la circunstancia de que la solicitud de la tarjeta contenía varios tipos de tarjetas y, pese a ello, escogió la que ha dado lugar al presente procedimiento.

Este primer argumento no desvirtúa la sentencia recurrida. En efecto, no está acreditado que existiese una explicación de cada contrato en la solicitud. En la misma, simplemente, existen unas casillas en las que el solicitante especifica la que solicita sin mayor información para diferenciar las características entre unas y otras.

En segundo lugar, sostiene que sí que se superó el control de transparencia. Argumenta, para ello, que no puede quedar sometido al control de abusividad del juez los elementos esenciales del contrato y, para ello, invoca la doctrina de la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012.

Este segundo argumento, tampoco desvirtúa la sentencia recurrida. En efecto, la sentencia no justifica la nulidad de los intereses remuneratorios por abusividad por desproporción sino por falta del control de transparencia y aplicación de la Ley de la Usura en el sentido expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. En consecuencia, por la vía del control de transparencia sí que cabe la posibilidad de valorar la posible abusividad de una cláusula que defina un elemento esencial del contrato.

Por ello, tampoco son relevantes todos los comentarios que se hacen en el recurso acerca del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE pues, como se ha dicho, la abusividad denunciada no lo es por desproporción, en cuyo caso, sería directamente aplicable el citado precepto sino que lo es por falta de superación del control de transparencia que es lo que determina, a partir de que se concluya que no se ha superado, que se pueda analizar la abusividad de la cláusula que configura un elemento esencial del contrato.

En tercer lugar, la parte recurrente sostiene que no consta que haya habido ninguna incidencia durante los nueve años de utilización de la tarjeta.

Sin embargo, tal hecho, aun cuando pudiera ser cierto, no desvirtúa la posible falta de transparencia en la negociación del contrato que es el momento en el que se debe analizar si se superó o no dicho control con independencia de lo que haya acontecido en el devenir del desarrollo del contrato. Y, en este sentido, la afirmación que realiza la parte recurrente conduce a dicha convicción. A saber, el actor no hizo nunca uso de la posibilidad de pago total lo que supondría que no tendría que pagar intereses. En efecto, es perfectamente posible que no se hiciera uso de dicha posibilidad porque el consumidor no hubiera tenido conocimiento de la carga económica que suponía la realización de pagos parciales aplazados.

En cuarto lugar, la parte recurrente manifiesta que la entidad de crédito comunicaba mensualmente al actor tanto el extracto de movimientos efectuados como el interés solicitado y la forma de pago que el actor había dispuesto. Y que informaba mensualmente de las diversas opciones que tenía para pagar, a saber, pago mínimo, porcentaje del crédito dispuesto, cantidad fija que elija o pago total.

De nuevo, la parte recurrente alude a hechos posteriores al momento de la perfección y consumación del contrato para tratar de evidenciar la superación del control de transparencia. Sin embargo, como se ha dicho, el control de transparencia debe realizarse en el momento de la celebración del contrato. Y así, en este sentido, la parte demandada no practicó prueba alguna que permitiera determinar que el cliente conocía la carga económica y jurídica del contrato que estaba firmando.

En quinto lugar, la parte recurrente manifiesta que el cliente tenía toda la información necesaria y suficiente sobre el coste del crédito y los intereses aplicables.

Sin embargo, no desvirtúa los argumentos esgrimidos por la sentencia para justificar que no existió transparencia por estar regulado en el Reglamento el pago de los intereses remuneratorios entre una maraña de cláusulas que impedían su conocimiento por el consumidor.

A continuación, hace referencia a sentencias de distintas Audiencias Provinciales sobre la cuestión.

Sin embargo, la cuestión también ha sido tratada por esta Sala, entre otras muchas, en la sentencia de 3 de junio de 2019 en la que se contiene una argumentación que es idéntica para el supuesto de hecho objeto de este procedimiento. Así se manifiesta que: *“Si el fin y fundamento de la misma en aras a cumplir lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no es otro que el adherente conozca sobradamente dicha condición general, cualidad que al caso no es dudoso de manera alguna ostentar, dado que está en el reverso del contrato, dentro de un clausulado totalmente pre-impreso y pre-redactado, pero incumple las condiciones de claridad por varias razones.*

En primer lugar porque la retribución del préstamo no está en el anverso de la única hoja principal donde consta la firma del consumidor. Se narran en el mismo unas condiciones particulares concertadas de forma telefónica y en el reverso que están grabadas y nada de ello se ha aportado.

El reverso es harto difícil de visionar y leer, necesitando a tal fin el Tribunal de elementos auxiliares de reproducción de tamaño de la letra tipográfica, para encontrar el pacto de

retribución y poder tras tal rastreo, localizar y concretar el interés retributivo que además dado ser desproporcionadamente alto, conlleva una clara intención del pre-disponente de que no sea captado por el adherente, en este caso consumidor, a quien en tal tesitura, pasa por completo inadvertido, quebrando precisamente el fundamento y fin de las exigencias legales que reglamenta la forma de contratación seriada”.

En el presente caso, no parece que la contratación fuera telefónica como en el caso analizado en aquella ocasión por esta Sala. Sin embargo, el escrito de solicitud de la concesión de la tarjeta adolece de los mismos defectos que los expuestos en la sentencia de referencia.

Por tanto, no cabe entender superado el control de transparencia.

Por último, en sexto lugar, la parte recurrente alega que el método de comparación de la sentencia de la instancia yerra al considerar como elemento de comparación el tipo de interés normal del crédito al consumo cuando debía haber tenido en cuenta el tipo de interés para las tarjetas de crédito al consumo con pago aplazado.

Esta cuestión también fue analizada por la sentencia de esta Sala ya referida. Así dispuso que: *“El primer motivo del recurso de apelación se sustenta en atacar el carácter usurario del contrato de crédito " revolving", fijado en la sentencia a tenor del interés remuneratorio pactado 26,82 % (TAE), porque el Juzgado Primera Instancia no toma como referencia los TEDR (en vez del aplicado, TAE media ponderada de los créditos al consumo) publicados por el banco de España.*

La motivación del Juez apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/2015 y de Audiencias Provinciales, fija el precio normal del dinero teniendo presente el índice publicado por el Banco de España para los TAE en créditos al consumo (9.11 %) por lo que concluye que resulta desproporcionado con el normal del dinero.

La Sala va a mantener el criterio del Juzgador y no estima que concurra error en su decisión, pues es un dato transcendental la fecha en que se celebra el contrato, 1/10/2012.

Conforme al artículo 1 y 2 de la ley de Azcárate para que pueda ser calificado el préstamo de usurario resulta necesario que la retribución sea además de notablemente superior al normal del dinero "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

En el supuesto ahora enjuiciado conforme al reverso de la única hoja del contrato y con grandes dificultades para ser visto y leído (luego trataremos sobre tal cuestión de lleno en la transparencia) narra " 4. Coste del préstamo e intereses. Importe máximo 60.000. Plazo máximo 120 meses. Tipo de interés anual máximo 24 %. TAE máximo 26,82% "

No es objeto de discusión que el TAE publicitado para operaciones de crédito al consumo para el año 2012 es de 9,11 % anual, por lo que con tal dato no solo el interés retributivo fijado en contrato es notoriamente superior al normal del dinero para operación de consumo (dos veces y medio superior) como lo es el contrato analizado, sino además, resulta desproporcionado para dicho negocio, y por ende concurre su calificativo de usurario.

La parte apelante entiende que no es ese el normal del dinero para las operaciones sino el fijado para tarjetas de crédito de pago aplazado y por tanto es el índice 20,64 anual que es solo seis puntos inferior al pactado y ya no resulta desproporcionado.

Ahora bien, de la propia documentación aportada por la demandada en su pliego rector -documento 6- contestación (si bien para otro procedimiento) del Banco de España, expresamente, sobre los índices de tipos de intereses remuneratorios medios que las entidades financieras ofrecen en caso de tarjetas revolving, se establece que la norma aplicable es la Circular de 5/2012 de 27 de junio de Banco de España, apostilla que las definiciones epigrafiadas en tal Circular (A.2.5 y A.2.6) cuya información determina la publicación y estadística del índice, vemos que no coinciden con la operación referida (dado que aquellas delimitan a créditos de hasta 6.000 euros en tarjeta de crédito para adquisición de bienes de consumo o 4.000 euros en tarjetas de crédito cuando no se está vinculada a la adquisición de bienes de consumo y con apertura de cuenta en la cantidad) y aquí, si bien de la condición general 5 no se concreta límite de disposición en cambio de la expuesta supra estamos en hasta 60.000 euros (el documento 6 de la demandada Reglamento de Tarjeta WIZINK de 2016, es por razones obvias temporales inaplicable y el documento 5 Informe normalizado de crédito a consumo, no lleva firma del actor ni de su emisor. Además se certifica que el índice publicado lo fue por primera vez respecto al último trimestre del año 2012 y el contrato ahora enjuiciado es de 1/10/2012.

Por tales circunstancias el apoyo o índice alegado por la demandada apelante no resulta aplicable al caso de autos, pues no se ajusta a la clase de operación propia concertada entre los litigantes y procede mantener la comparación efectuada por el Juzgador con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/2015 .

Además, la Sala advierte que para tal desproporción no hay justificación alguna y que en todo caso esas circunstancias excepcionales las debió acreditar la parte demandada, no constituyendo tales como ya advirtió el Tribunal Supremo en la meritada sentencia ni el carácter de " revolving" ni que las garantías de cobro sean menores.

Procede ratificar la decisión del Juzgado Primera Instancia”.

Se debe destacar que hay un dato fundamental a tener en cuenta en el presente recurso y es que el contrato celebrado entre las partes es de fecha de 26 de septiembre de 2005. En tal momento, el tipo de interés era notablemente superior al interés normal de mercado del crédito al consumo conforme estaba publicado, entonces, por el Banco de España. Los datos estadísticos que se utilizan en el recurso corresponden a datos emitidos en el 2017.

Por todo lo anterior, procede la desestimación íntegra del recurso.

TERCERO.- *Costas.* A la vista de la desestimación íntegra del recurso, procede la imposición de las costas a la parte recurrente conforme al artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con pérdida del depósito para recurrir.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr
contra la sentencia de 27 de diciembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia
número 3 de Sagunto en su Juicio Ordinario 171/2018 que CONFIRMAMOS en su
integridad.

CONDENAMOS a la parte recurrente al pago de las costas causadas en la presente
instancia a la parte recurrente con pérdida del depósito para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la
pronunciamos, mandamos y firmamos.