



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEPTIMA
GIJON**

SENTENCIA: 00090/2023

Modelo: N10250
PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Teléfono: 985176944-45 Fax: 985176940
Correo electrónico:

Equipo/usuario: LGA

N.I.G. 33024 42 1 2021 [REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000 [REDACTED] /2022
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 000 [REDACTED] /2021

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: BLANCA ALVAREZ TEJON
Abogado: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS

S E N T E N C I A

Ilmos Magistrados-Jueces Sres.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA
MAGISTRADOS: D. JOSE MANUEL TERAN LOPEZ
D. PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLEN

En GIJON, a ocho de febrero de dos mil veintitrés.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5, N° [REDACTED]/21, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 DE GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN), N° [REDACTED]/22, en los que aparece como parte apelante, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. [REDACTED], asistida por la abogada



Firmado por: RAFAEL MARTIN DEL
PESO GARCIA
16/02/2023 10:53

Firmado por: MANUEL TERAN LOPEZ
16/02/2023 11:32

Firmado por: PABLO MARTINEZ-
HOMBRE GUILLEN
22/02/2023 13:32

Dña. [REDACTED] y como parte apelada, DOÑA [REDACTED], representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. BLANCA ALVAREZ TEJON, asistida por el Abogado D. LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 DE GIJON, se dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2022, en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5, N° [REDACTED]/2021, del que dimana el presente RECURSO DE APELACION (LECN), N° [REDACTED]/22, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que **estimando íntegramente la demanda** interpuesta por la Procuradora Sra. Álvarez Tejón, en nombre y representación de D^a [REDACTED], contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, representada por el Procurador Sr. [REDACTED], declaro la nulidad del contrato de tarjeta de crédito **AFFINITY CARD** suscrito entre las litigantes el 13 de diciembre de 2005 por su carácter usurario, con las consecuencias previstas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, de forma que la demandante está únicamente obligada a entregar tan sólo la suma recibida y si hubiera satisfecho aquella y los intereses vencidos, o cualquier tipo de comisión o prima de seguro, el prestamista devolverá al prestatario lo que tomando en cuenta el total de lo percibido exceda del capital prestado, importe que se determinará en ejecución de sentencia. Esta cantidad devengará además el interés legal desde la fecha en la que se detrajeron estas cantidades de la cuenta de la demandante, todo ello imponiendo a la parte demandada las costas procesales devengadas en la presente Litis.”

SEGUNDO.- Notificada la expresada sentencia a las partes personadas, por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación el cual admitido a trámite y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del mismo, se formó el correspondiente Rollo de Sala, al N° ■■■/2022 y personadas las partes en legal forma, se señaló, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo, el día 7 de febrero de 2023.

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

Vistos, siendo Ponente el **ILMO. SR. MAGISTRADO DON RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesta por la entidad bancaria BBVA contra la sentencia de instancia se discute la condición de usurario que declara la recurrida, de los intereses de la tarjeta de crédito, derivados del contrato celebrado entre las partes en el año 2005, cuya acogida obligaría a examinar las acciones subsidiarias por falta de incorporación y/o transparencia de la estipulación relativa al interés y funcionamiento del sistema revolving de la tarjeta.

SEGUNDO.- Nos hallamos ante un contrato celebrado en el año 2005, cuyos intereses remuneratorios eran del 22, 40% en la fecha de celebración. La sentencia de instancia efectúa la comparativa con los intereses de un negocio jurídico diverso

del objeto de autos, como son los de los préstamos al consumo. Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de fecha 19 de octubre de 2022, con cita de la S de 4 de octubre de 2022, de esta resolución, se extraen dos conclusiones: en primer lugar que, matizando lo resuelto por la sentencia de 25 de noviembre de 2015, considera el TS que respecto de los asuntos anteriores a la circular 1/2010 del BE, existen índices oficiales para hacer la comparativa, de modo que no es posible utilizar para dicho periodo los del BE aplicables a los créditos al consumos, como esta AP venía haciendo. En segundo lugar se declara que el interés medio de tales productos según aquellos índices en el periodo que va desde el año 1999 al 2009 oscila entre el 23 y el 26%. De modo que (dijimos entonces) al hacer la comparativa con el caso enjuiciado en el que el interés inicial era inferior al 21% y de los extractos aportados (documento 3 de la contestación) se evidencia que el tipo nunca superó el 22, 28%TAE, de manera que queda por debajo de aquellos...". Esta tesis se ratifica en el caso enjuiciado, toda vez que el interés medio de las tarjetas en el año 2005 se situaba en torno al 21%, por el cuestionado no superaba el límite de 2 puntos que esta Audiencia viene declarando para considerar usurario el contrato, por lo que el recurso se estima en este punto y se rechaza la acción principal.

TERCERO.- Desestimada la acción principal, hemos de analizar la subsidiaria que se traduce en el enjuiciamiento de la falta de transparencia y de los requisitos de incorporación, que invoca al demanda. Para su análisis, hemos de transcribir lo resuelto, entre otras, en sentencia de fecha 26 de mayo de 2022, que declara: El control de transparencia, tiene su origen en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la

definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Es decir, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente; control de transparencia que como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la «carga jurídica» del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (STS 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo). Esta línea de la jurisprudencia del TS que esta sala ha hecho suya se acomoda a la doctrina del TJUE, pues si bien ya la sentencia de la Sala General de 21 de diciembre de 2016 ya lo apuntaba, al indicar que no obstante, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 50 de sus conclusiones, el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible» 50 Ahora

bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular, esta tesis se perfila en sentencias posteriores que permiten el control de abusividad de las condiciones esenciales del contrato, si no cumplen las exigencias de transparencia material que el TJUE y la Directiva imponen y, en esta línea, en la citada sentencia de la sala de 6 de mayo, nos referimos expresamente a la sentencia de 26 de enero de 2017 caso Gutiérrez García), la cual ha hecho una interpretación extensiva del control de transparencia, que sobrepasa el mero control formal de comprensibilidad gramatical, para exigir que el predisponente informe debidamente al consumidor de la carga económica y jurídica que asume, en los términos antes expuestos. Doctrina esta que con claridad recogen otras posteriores, como la de 20 de septiembre de 2017, que declara... la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no puede

reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).⁴⁵ Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50, lo que lleva a concluir, - seguimos diciendo en nuestra sentencia de 6 de mayo-, al TJUE que el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación

de la Directiva en general y, en particular, de su artículo 6.1....Dicho lo anterior y como quiera que en contra de lo alegado, el control es posible, debemos analizar la falta de transparencia del "sistema revolving que se discute. Sobre esta cuestión, la sentencia de 6 de mayo se remite a decisiones anteriores de la sala, puesto que en relación a este particular, ya nos hemos pronunciado en Sentencias de fecha 16 de marzo de 2021 (Rec. 399/20), 13 de enero de 2021 (Rec. 444/2020), 23 y 29 de septiembre de 2020 (Rec. 318/20 y 400/19. En dichas resoluciones partimos de que, cualquier ciudadano medio es conocedor que todo crédito comporta un coste a modo del pago de los correspondientes intereses, como también que cuanto mayor sea el plazo de amortización mayor será el coste, ahora bien, en el supuesto de autos estamos ante una tarjeta tipo revolving, que a diferencia de las tarjetas de crédito ordinarias, son un tipo de tarjeta en la que el cliente dispone de un límite de crédito determinado, que puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas, que pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; cuotas periódicas que puedes elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad, pero su peculiaridad reside en que la deuda derivada del crédito se "renueva" mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente. Es decir, la reconstitución del capital que se debe devolver, las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre revolving), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de forma que en realidad es un crédito rotativo

equiparable a una línea de crédito permanente. 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, hecho que se ve agravado con el posible cargo de comisiones por reclamación de cuota impagada o de posiciones deudoras, además los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio. Son estas peculiaridades, que implican además, siendo este hecho notorio, una mayor tipo de interés remuneratorio que el que comportan los créditos al consumo en general y los que se ofrecen mediante tarjetas de crédito en particular, unido a que no es posible emitir un cuadro de amortización previo al variar la deuda y, en su caso, las cuotas mensuales a pagar, las que justifican que se exija de una especial diligencia por parte de la entidad financiera a la hora de explicar de una forma cabal y comprensiva a su cliente el verdadero coste del negocio que concierne...

CUARTO.- Y en este sentido, debe estimarse aquella, por cuanto, a diferencia de la usura, corresponde en éste ámbito acreditar al profesional que contrató con el consumidor, el cumplimiento de tales requisitos, siendo claro que no lo cumple en el caso enjuiciado. Denunciada la ilegibilidad del contrato que acompaña el actor a su demanda y la falta de información y conocimiento de las reglas esenciales de funcionamiento del sistema revolving instrumentado, a ello da parca respuesta la contestación. Como puede verse de la copia suscrita por las partes y acompañada por la actora con su demanda, tras solicitarla a la entidad, tanto las condiciones generales del contrato como el resto de su tenor, resultan ser ilegibles, de modo que no se cumplen las condiciones de incorporación, ni las exigencia de transparencia material

expuestas o en cualquier caso, no podemos deducir que el contrato de autos las satisfaga, pues tales deficiencias que refleja la copia de la demanda no han subsanadas por la parte demandada al contestar ni a lo largo del procedimiento, toda vez que se limita a aportar una copia contractual idéntica a la acompañada por el actor, a quien se la facilitó la hoy recurrente. De ahí que deba acogerse la pretensión subsidiaria deducida, declarando la nulidad de las estipulaciones cuestionadas.

QUINTO.- Al recaer la nulidad por falta de incorporación y transparencia sobre un elemento esencial, hemos de examinar sus consecuencias. Sobre ello dijimos en la sentencia de 6 de mayo 2021 (y hoy reiteramos) que: (el)criterio favorable a la subsistencia del negocio jurídico no puede ser el mantenido en el caso concreto a la luz del propio contenido contractual y de la afectación de la declaración de falta de transparencia y abusividad a una cláusula definitorias de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema de pago revolving, cuya nulidad, estimamos, ya en las resoluciones precedentes, vacía de contenido el contrato en cuestión, lo que obliga a decretar la nulidad en su totalidad y, en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.303 C.C., es decir, la *"recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y del precio, con los intereses,* que, en este caso, comporta, como consecuencia de la nulidad deberán las partes devolverse íntegramente las prestaciones recibidas, siendo de aplicación el art. 1303 CC.

SEXTO.- Las costas de primera instancia se imponen al demandado (art 394LEC), sin hacer especial pronunciamiento sobre las de la alzada (art 398LEC).

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente,

FALLO

Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, contra la sentencia de 2 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 6 de Gijón, en autos de Procedimiento Ordinario Contratación-249.1.5, N° [REDACTED]/2021 y en su virtud, revocar la apelada, acoger la acción subsidiaria instada en la demanda formulada por DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, declarando la nulidad por falta de transparencia del contrato de autos, debiendo restituirse íntegramente las partes las prestaciones recibidas, calculándose en ejecución de sentencia el total de las cantidades financiadas por los actores y de las que fueron pagando, de forma que el demandado deba reintegrar a los actores lo que estos hubiesen pagado por encima de la cantidad financiada con sus intereses legales y en caso contrario dicha diferencia deberá ser abonada por la demandante, todo ello con imposición de costas de instancia al demandado y sin hacer declaración sobre las de la alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

