



Roj: **SAP O 1215/2015 - ECLI:ES:APO:2015:1215**

Id Cendoj: **33044370052015100128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **70/2015**

Nº de Resolución: **127/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00127/2015**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 000070 /2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a once de Mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 224/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero, Rollo de Apelación nº70/15, entre partes, como apelante y demandado **AVANT TARJETA, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL**, representada por la Procuradora Doña María José Feito Berdasco y bajo la dirección del Letrado Don Íñigo Gómez Berruezo, y como apelado y demandante **DON Argimiro**, representado por el Procurador Don José María Secades de Diego y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero dictó sentencia en los autos referidos con fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo íntegramente la demanda formulada la representación procesal de D. Argimiro frente a AVANT TARJETA EFC SAU y en su virtud, declaro la nulidad de las cláusulas 2.2, 2.5, 2.6 y 2.7 del contrato de 23 de marzo de 2004, condenando a la demandada al pago al actor de la cantidad de 7.378,68 €, con expresa imposición de costas".

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Avant Tarjeta, Establecimiento Financiero de Crédito S.A., Sociedad Unipersonal y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**



**PRIMERO.-** El día 23-03-2.004, Don Argimiro estampó su firma en el anverso de un documento titulado como "solicitud tarjeta" relativo a una tarjeta de crédito emitida y gestionada por la mercantil MBNA, en cuyo reverso se contenían las condiciones generales del contrato, entre ellas, las económicas relativas a los usos posibles de la tarjeta, el TAE (que se devengaría diariamente), comisiones y gastos y la modificación de esas condiciones (folio 217).

El anverso contenía también una casilla específica con la leyenda "puente cash" en la que se ofertaba un "préstamo inmediato a un tipo de interés del 9% TAE los seis primeros meses y del 16% TAE los siguientes" (mismo folio).

Pues bien, Don Argimiro accionó frente a Avantcard sosteniendo que se limitó a estampar su firma en el anverso a instancias de un intermediario o Agente de la emisora de la tarjeta, pero sin que se le entregase ejemplar ni se le diese conocimiento de las condiciones del contrato; que inicialmente no contrató el producto puente cash, haciéndolo después, el 6-4- 2.004, por el nominal de 2.900 €, pero que no hizo otro uso de la tarjeta, a pesar de lo cual su emisor anotó cargos por uso en cajero automático por un total de 670 € y que el emisor le aplicó una serie de comisiones, gastos e intereses que no procedían, con el resultado de que, a la postre, habiendo satisfecho la suma de 10.278,68 € el emisor aún lo consideraba deudor y por eso solicitó:

"1.- Declarar que los intereses impuestos al **consumidor** en el contrato de tarjeta de crédito de MBNA (hoy, Avantcard) son usurarios, lo que determina la nulidad del contrato; alternatively, que las condiciones generales 2.2, 2.5, 2.6, 2.7 y 2.9 que regulan los intereses y comisiones no se han incorporado válidamente al contrato ya que no están recogidas en la hoja del contrato en que se encuentran sus datos y condiciones esenciales y la firma del contrato, como debería ser al tratarse de las prestaciones esenciales a cargo del prestatario, sino que se encuentra en otra hoja no firmada ni conocida por el cliente, entre las condiciones generales, en una letra diminuta de imposible lectura para cualquier persona mayor de 40 años sin ayuda de un instrumento óptico de aumento; subsidiariamente, que la condición general que impone unos intereses del 16,9% (luego elevados unilateralmente en varias ocasiones hasta llegar al 29,9%) es abusiva; la estimación de cualquiera de las tres peticiones anteriores ha de dar lugar a que el cliente deba devolver únicamente el capital recibido, sin ningún interés, por lo que Avantcard deberá devolverle los 7.378,68€ (10.278,68-2.900) que ha pagado en exceso sobre el capital dispuesto.

2.- Alternativamente, si se entiende que la cláusula que impone el pago de intereses se incorporó válidamente al contrato y que éstos no son usurarios ni abusivos, anular el contrato por no cumplir con los requisitos de documentación que impone la ley sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, por lo que las partes deberán restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados con sus intereses legales, de acuerdo con el art. 1.303 CC .

3.- Con carácter subsidiario a las anteriores peticiones, si no se estimara ninguna de ellas, declarar ilegales las sucesivas elevaciones unilaterales del tipo de interés desde el inicial del 16,9% que fijaban las condiciones generales del contrato hasta el 29,9%, por lo que Avantcard deberá calcular, en ejecución de sentencia, nuevamente dichos intereses desde la fecha en que haya aplicado esa subida.

4.- También con carácter subsidiario a las peticiones principales, anular las cantidades cargadas en concepto de "cargos financieros diferidos" (11,88 €), "cuota domiciliación impagada" (2.360 € que figuran en la contabilidad de Avantcard, menos los 360 que devolvió en agosto de 2.011: 2.000 €), "prima protección pagos" (1.299,05 €) y "anticipo efectivo" (28 €). De no estimarse esta petición, las cantidades cargadas en concepto de "cuota domiciliación impagada" se reducirán a 15 € cada una, que es la cuantía prevista en las condiciones generales del contrato (como se cargaron cuatro comisiones de 20 €, se anularon 3, queda una, con diferencia de 5 €; y se cargaron otras 76 comisiones de 30 €, se anularon 20, quedan 56 con una diferencia de 10 € cada una, subtotal 560 €; total a reducir por este concepto, 565 €); y la suma de las cantidades cargadas "cuota por domiciliación impagada" se reducirá además en 90 €, dado que en la comunicación de fecha 26-8-2.011 MBNA dijo que devolvía 450 € por este concepto, y en realidad sólo le devolvió 360 €. La anulación de estos cargos dará lugar a la anulación también de los intereses generados por los mismos, al haberse capitalizado, por lo que Avantcard deberá rehacer todo el cálculo de la cuenta de la tarjeta en ejecución de sentencia.

5.- Y declarar como única cantidad dispuesta por el demandante los 2.900 € de que dispuso como "puente cash" el 6-4-2.004; esta cantidad es la que se tomará como referencia para calcular la cantidad a reintegrar por Avantcard por el exceso pagado por el demandante si se estima la petición 1 o la 2; o para que Avantcard calcule de nuevo sobre ella, en ejecución de sentencia, los intereses generados y el saldo final de la cuenta, si se estima la petición 3.

6.- Imponer las costas a la demandada".



La demandada Avantcard (que se subrogó en la posición de MBNA Sucursal España, al adquirir el negocio folio 66) se opuso aduciendo, resumidamente, que el actor conocía de las condiciones generales y había hecho uso de la tarjeta en cajeros automáticos, además de contratar el servicio puente cash y que, en definitiva, se había limitado a aplicar las condiciones del contrato, por lo que tanto las sucesivas modificaciones del mismo, debidamente comunicadas al adverso, como la aplicación de los intereses, comisiones y gastos eran lícitos y no podía calificarse de usurario el interés aplicado por ser el normal en el mercado para este tipo de productos o servicios.

El Tribunal de la instancia entendió que el interés aplicado al crédito era usurario y que el actor sólo había dispuesto de un capital de 2.900 €, por lo que estimó la petición principal de la demanda declarando la nulidad del negocio y condenó a la demandada a devolver al actor la suma de 7.378,68 €.

La demandada no se conforma y recurre, centrando su esfuerzo impugnatorio en la indebida aplicación al caso de la Ley de Usura de 23-07-1.908 por cuanto no consta acreditado que se dé el supuesto de que el interés pactado fuese notablemente superior al normal del dinero (art. 1 ) y, en cuanto a lo demás, tanto sostiene que el adverso hizo uso de la tarjeta más allá del servicio "puente cash" como que conoció del contrato y sus condiciones, aquietándose con las modificaciones introducidas por la parte, y la licitud de todo lo actuado durante el desarrollo del contrato.

**SEGUNDO.-** Pues bien, empezando por la petición principal de la demanda de la declaración de usurario del interés remuneratorio pactado que, acogida por el Tribunal de la instancia, determinó la estimación de la demanda, lleva razón el recurrente, y para explicarlo basta con reproducir las consideraciones de nuestra sentencia de 20-01-2.015 (nº 4/2.015 ) por su identidad con el caso; dice la sentencia: "*En cuanto a la primera cuestión, el carácter usurario o no del interés pactado y su examen tomando como referencia el interés legal del dinero, el art. 4 de la Orden de 28-10-2.011, titulada como de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que desarrolla el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de junio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y sustituye a la Orden 26/1988, de 29 de julio, a la que deroga, declara, como la antes citada, la libertad en la fijación del tipo de interés, mientras por su parte la Ley sobre Préstamos Usurarios (a la que expresamente se refiere y remite el art. 1.3 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre la contratación con los **consumidores** de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito) declara nulos los contratos, entre otros, en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.*

*Es decir, siendo que la fijación del interés es libre y que la Ley de Represión de la Usura no tasa el interés sino que se remite al normal del dinero, la consecuencia no puede ser otra que el módulo de referencia para decidir sobre si, como primer presupuesto general y objetivo, el interés estipulado es usurario, será el precio del dinero en el mercado. Conclusión inicial que enseguida se aprecia insuficiente por lo genérica e indeterminada, lo que obliga a profundizar más, sobreviniendo como primer interrogante el de si hay un único precio del dinero en el mercado o, por el contrario, muchos y diversos según cuál sea el tipo de producto o servicio bancario.*

*Acudir como referencia al interés legal del dinero desconociendo el habitual con que se oferta cada producto o servicio en el mercado es tanto como presumir que el precio del dinero en el mercado es uno, cuando no es así.*

*Fuera de que el interés legal, por los factores que para su fijación se toman en consideración, no es el más próximo al precio del dinero en el mercado, en la realidad del tráfico mercantil el tipo de interés va ligado al tipo de producto o servicio, variando según cuál sea, pues su determinación no viene dada sólo por el "coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito" (párrafo penúltimo de la EM de la orden de 28-10-2.011) sino, asimismo y también, por otros factores como los costes asociados al producto o el riesgo que, en general y abstractamente considerado (al margen de las circunstancias concretas de cada cliente bancario), se entiende vinculado al producto, de forma que la declaración de la libertad en la fijación del interés debe de entenderse referida a cada producto o servicio. Lo pone en evidencia la propia Orden citada cuando en sus artículos 26, 27 y 28 contempla y regula los índices de referencia para el supuesto de pactarse un interés variable (como también así lo hiciera antes la Orden derogada), y así el art. 26 se refiere al cálculo del interés según el mercado y, más claramente, el art. 27 cuando relaciona los tipos de interés oficiales de referencia, pues todos ellos tienen como rasgo común que su determinación se hace a partir de las condiciones establecidas por el mercado.*

*La doctrina jurisprudencial relativa al préstamo usurario discurre siguiendo esta misma línea de pensamiento, en cuanto, si bien no rechaza la posibilidad de que el interés legal pueda ser tomado como índice de referencia ( STS 22-2-2.013 ), más acusadamente incide en que el que debe tomarse en consideración "es el normal para este tipo de operaciones" ( STS 12-6 - 2.001 y 19-5-1.995 que se refiere a las de descuento) según el momento de formalización del contrato ( STS 7-3-1.998 y 8-6- 2.006), acudiendo para su determinación a criterios más prácticos que jurídicos y a los usos del comercio ( STS 7-11-1.990 y 1- 3-2.013 ), de forma que el "interés normal*



lo marca el mercado en una situación de libertad en su fijación" ( STS 7-5-2.002 ), o como de forma más amplia, precisa y descriptiva declara la STS de 18-6-2.012 "En esta línea, la Ley de Represión de la Usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, "pacta sunt servanda". De esta forma, artículo 1293 , el Código subraya la derogación de la legislación Antigua sobre la materia, caso de Partidas que admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial. De ahí, entre otros extremos, su referencia expresa al "contrato", no considerando como tal la partición de la herencia cuya rescisión por lesión quedó permitida en el seno del artículo 1074 del Código. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos ( SSTS 9 de abril 1947 , RJ 1947, 898, 26 de octubre de 1965 , RJ 1965, 4468, 29 de diciembre 1971, RJ 1971, 5449 y 20 de julio 1993 , RJ 1993, 6166).

De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos."

Este es el planteamiento del recurrente, esto es, que para decidir el "precio normal del dinero" debe de acudir al tipo de interés con que habitualmente en el mercado bancario se ofrece el producto litigioso al cliente bancario final y que a esos efectos el interés legal del dinero no sirve porque no refleja esa realidad del tráfico, y en eso lleva razón.

El primer párrafo de la EM de la Orden ya citada de 28-10-2.011 declara que "La transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica ni es factible garantizar plenamente la competencia si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de forma más conveniente", y en el párrafo tercero que "La protección del cliente de servicios bancarios trata de paliar los efectos que produce la desventaja informativa fomentando la transparencia en las relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria" (y en el mismo sentido el párrafo último del apartado II de la EM de la Ley de 31-3-2.009).

Es decir, que en el ámbito de los productos y servicios bancarios el legislador y la Norma apuestan, no por interferir directamente sobre el mercado tasando el interés, sino, indirectamente, desarrollando los mecanismos adecuados para que la oferta y contratación del producto bancario se produzca, tanto en fase precontractual como contractual, con plena transparencia a fin de que el cliente bancario y, por tanto también, el **consumidor** puedan obtener un conocimiento cabal y suficiente de las características del producto que les permita comparar el mismo producto entre los distintos oferentes y elegir, fomentando de este modo la libre competencia en el mercado.

De forma precisa y directa lo expresaba así la derogada Orden de 5-5-1.994 cuando en su EM declaraba que "La forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito estimulando así la efectiva competencia entre ellas".

Todo lo que, para acabar, está en armonía con la declaración del art. 1 del TRLGDCU de 16-11-2.007, de acuerdo con el cual la defensa del **consumidor** se hará dentro del marco económico diseñado por los artículos 38 y 128 CE , es decir, la libre empresa dentro de la economía de mercado.

En este contexto los supuestos en que la Ley fija imperativamente el interés (retributivo o moratorio) tasándolo, bien poniendo un límite a la libertad de fijación del oferente (así art. 114 LH o art. 20.4 LCC 16/2.011 de junio), bien para sancionar una conducta (así art. 20 LCS ), deben de aplicarse restrictivamente.

El supuesto de préstamo bajo la salvaguarda de la Ley para la Represión de la Usura que nos ocupa es el conocido en la doctrina científica como el prototípicamente usuario, que se identifica por la concurrencia de dos elementos o presupuestos distintos, el precio normal del dinero y, de otro, las circunstancias concurrentes.

El recurrente explica el interés retributivo habitual en el mercado de las tarjetas de crédito refiriéndose a diversos factores, en especial, el riesgo asociado a la devolución del crédito (considerando el producto en general y al margen de las concretas circunstancias y comportamiento que pueda seguir cada cliente bancario), mientras por el actor y recurrido se contesta que, por sus circunstancias personales, no concurría en la parte factor de riesgo alguno.



*Es decir, el recurrente apoya su defensa en el primero de los presupuestos antes citados propios del contrato usurario, mientras que lo que el recurrido viene a invocar es la ausencia del segundo de ellos.*

*Obviamente si no se da el primero de los presupuestos huelga considerar el segundo, pues si el interés impuesto es próximo al normal del mercado, correlativamente es que ninguna circunstancia concurrente fue o ha de ser considerada, mientras que, por el contrario, si es notablemente superior al normal del dinero su imposición sólo podría venir justificada por la concurrencia de determinadas circunstancias que lo pudiesen explicar (como serían las concretas patrimoniales del cliente bancario, el destino del dinero o las garantías prestadas y su solidez).*

*La sentencia del TS de 20-6-2.001 explica que el examen sobre la normalidad del interés aplicable ha de determinarse según el prestamista sea un particular o una entidad financiera, pues si lo segundo es cabal que sea superior por los costes que para aquélla supone la obtención de recursos, los gastos asociados al producto y la previsión del riesgo, que es, en definitiva, lo que por el recurrente se alega al rechazar que el interés retributivo impuesto fuese usurario porque era el habitual en el mercado para este tipo de producto.*

*No obstante el actor y recurrido pone en entredicho esa afirmación al remitirse al tipo medio de los créditos al consumo informado por el Banco de España que se recogen en una sentencia de nuestros tribunales, que por la parte se cita y reproduce.*

*Ahora bien, dando por supuesto que el producto contratado por el actor se inscribe dentro del ámbito de la Ley Crédito del Consumo de acuerdo con la legislación vigente a la fecha de su contratación (ex art. 2.1 CLCC de 25 de marzo de 1.993, derogada y sustituida por la Ley 16/2011, de 24 de junio, cuya EM insiste en la necesidad de transparencia en la contratación para que el cliente y **consumidor** pueda comparar las distintas ofertas) y que el DCT nº 3 de la contestación revela que la tarjeta sólo se destinó al pago de bienes y servicios, la dicha regulación (en su art. 1) no tipifica el crédito al consumo en torno a determinado contrato (como y al modo de otros en el derecho común la compraventa, el depósito o la sociedad), sino que se propone integrar dentro de su ámbito de aplicación un sinnúmero de contratos caracterizados por dos rasgos, uno funcional (el destino del crédito), otro estructural (la concesión del crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, crédito o cualquier otro modo equivalente de financiación) y la cualidad de los sujetos intervinientes (art. 2), de forma y en consecuencia que la calificación del negocio como dentro del ámbito de aplicación de los créditos al consumo no es suficiente para identificar el interés habitual del precio del dinero en el mercado, sino que habrá de considerarse el habitual correspondiente al concreto negocio o producto de financiación, y en este sentido el actor se ha abstenido de probar que el litigioso no era el usual en el mercado.*

*En este sentido, y en línea con lo dicho, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, que desarrolla la Orden Ministerial precitada de 28-10-2.011 y deroga la 8/1.990 de 7-9 sustituyéndola, en su Anexo 1, establece el formato en el que se ha de consignar la información trimestral que las entidades bancarias deben remitir al Banco de España sobre comisiones y tipos practicados y ofertados, de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de los clientes más comunes que sean personas físicas, y al referirse a las operaciones de activo, en concreto a los préstamos sujetos a la Ley 16/2.011, de 24 de junio, distingue y separa la información relativa a la facilitación del crédito mediante tarjetas de crédito con motivo de la adquisición de bienes de consumo de otros supuestos de préstamo al consumo e incluso del supuesto de crédito mediante tarjeta de crédito aplicable a disposiciones cuya apertura no esté vinculada a la adquisición de bienes de consumo.*

*Por tanto, en cuanto a este motivo se estima el recurso".*

**TERCERO.-** La estimación de este motivo del recurso determina que debamos proceder al análisis de los pedimentos formulados con carácter alternativo o subsidiario ( STS 23-04-2.009 y las que en ella se citan), empezando por el que pretende la declaración de no incorporación de las condiciones generales 2.2, 2.5, 2.6, 2.7 y 2.9, que se refieren al interés remuneratorio aplicable, su capitalización, comisiones y gastos repercutibles.

Al respecto, el posicionamiento del recurrido fue que el ejemplar de la solicitud con las condiciones generales (que obran al reverso) no le fue entregado ni dado conocimiento de ellas por otro medio, además de su ilegibilidad por el escaso tamaño de la letra, de forma que no pueden entenderse incorporadas al contrato. Por su parte la demandada y recurrente defendió y defiende que al actor le fue entregado un ejemplar en cuyo reverso figuraban las condiciones, cuya redacción y tipología es fácilmente comprensible y legible, conociéndolas y suscribiendo la declaración de conformidad y conocimiento que obra en el anverso del original o ejemplar en poder de la parte.

Pues bien, para decidir sobre esta petición lo primero será establecer la regulación aplicable a la relación constituida entre partes para, a su luz y examen, determinar las exigencias establecidas legalmente para



la contratación y documentación de este producto o servicio y sus consecuencias de acuerdo con las circunstancias concurrentes y aún, además, habrá de precisarse el uso que efectivamente se haya hecho de la tarjeta por el actor y las relaciones obligacionales constituidas entre las partes con motivo de su emisión.

Atendiendo a la fecha de la contratación, la normativa aplicable sería, primero, la Ley de Crédito al Consumo 7/1.995, de 23 de marzo (derogada por la Ley 16/2.011 de 24 de junio) de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 1 y 2.1.C, pues en el hecho octavo de la contestación se reconoce al actor la condición de **consumidor** (folio 178), lo que tanto significa que el capital dispuesto por el mismo a raíz de la emisión de la tarjeta se destinó al consumo; segundo, la Ley de Contratos celebrados fuera de Establecimiento Mercantil 26/1.991, de 21 de diciembre, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1.2, que recoge como supuesto de aplicación aquél en que la oferta del contrato se emite por el **consumidor** en cualesquiera circunstancias previstas en el apartado anterior (en nuestro caso, los supuestos de las letras A o B), pues la introducción de este supuesto en la Ley se hizo con el propósito de atajar la práctica de tomar el empresario la iniciativa, incitando al **consumidor** a la contratación, pero instrumentándose el iter contractual bajo la fórmula de solicitud del **consumidor**, que fue lo ocurrido en el caso, en que el actor contrató y firmó la solicitud a iniciativa de un intermediario de la recurrente; tercero, por supuesto, la L.C.G. 7/1.998, de 13 de abril, pues no se pone en duda ni cabe hacerlo que las estampadas al reverso del documento de solicitud lo son; cuarto, la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito 26/1.988, de 29 de julio, (derogada por la Ley 10/2.014 de 26 de junio), tanto en razón del objeto del contrato como de la consideración del recurrente y cesionario del negocio de las tarjetas como entidades financieras de crédito de acuerdo con los arts. 51, 52 (letras B y F) de la citada Ley, la D.A. 1 de la Ley 3/1.994, de 14 de abril, de Entidades de Crédito y el R.D. 692/1.996, de 26 de abril, que regula los establecimientos financieros de crédito, así como en razón de lo dispuesto en la D. Adicional Única y D. Final primera de la precitada Ley de Crédito al Consumo y su referencia a las entidades de crédito y establecimientos financieros nacionales y extranjeros; cuarto, el art. 48 de la precitada L.D.I.E.C 26/1.988 y, en su consecuencia, la Orden Ministerial de 12-12-1.989 y la Circular del BE 8/1.990, de 7 de septiembre, que la desarrolla; y quinto, por supuesto la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, en su redacción dada por la D.A. 1 de la Ley 7/1.998 de Condiciones Generales.

Lo siguiente, aunque no sea decisivo pero sí conveniente para mejor comprensión del debate, es precisar los negocios o relaciones efectivamente constituidos entre partes a raíz del contrato de emisión de la tarjeta y esto porque por el actor se sostiene que sólo hizo uso del producto o servicio "puente cash" pero no de la tarjeta en cajeros automáticos ni en establecimientos, así como que tampoco contrató el Seguro ("Plan de Pagos Protegidos") al que también se refiere el anverso del documento de la solicitud de la tarjeta y cuya prima el recurrente cargó en la cuenta de la tarjeta hasta que el actor rechazó ese cargo.

Que el producto o servicio puente cash fue contratado no hay duda, pero sí sobre si debe de ser considerado como un servicio de la tarjeta o como un contrato o negocio jurídico distinto concertado con motivo de la emisión de la tarjeta, y esto se dice porque en la solicitud firmada por el actor dicho producto o servicio se reseña, bajo una leyenda, como producto o servicio distinto de la tarjeta, identificándolo como "préstamo", que evidentemente es un contrato distinto del de emisión de una tarjeta de crédito, incluso la casilla referida al mismo lo describe como sometido a unas condiciones especiales distintas de las condiciones generales, en las cuales, sin embargo, concretamente en la 4ª, se le incluye como un servicio de la tarjeta en su modalidad de la transferencia con cargo a la cuenta de crédito (es decir, un supuesto de transferencias de efectivo, condición general 2.1), provocando la duda razonable en el **consumidor** sobre lo que efectivamente se contrata, y por ende, y esto es lo más relevante, sobre si se aplican las condiciones del reverso u otras, lo que, al fin, determina una inconcreción incapaz de soslayar el filtro de incorporación que, como examinaremos, se suma a la conclusión en tal sentido obtenida desde el abordaje general del acto de contratación de la emisión de la tarjeta.

De otro lado, el actor sostiene que no hizo otro uso de la tarjeta que el anterior, pero lo cierto es que en el acto del juicio reconoció su uso en cajeros automáticos, con lo cual, conforme más adelante se expondrá, deben de tenerse por acreditadas esas disposiciones que por la recurrente se sostienen.

Por último, uno de los cargos de la cuenta de la tarjeta era la "prima por protección de pagos" que inicialmente, al momento de la suscripción de la solicitud de tarjeta, no fue contratada, pero que el recurrente sostiene que lo fue después, por vía telefónica, lo que, por su forma de contratación, obligaría a su examen separado, pero sólo en caso de no estimarse la petición que ahora se examina, de no incorporación de determinadas condiciones generales, pues la exclusión de la cuenta de la tarjeta de este cargo, junto con otros, se pide con carácter subsidiario.

**CUARTO.-** Volviendo al control de incorporación de las condiciones generales sobre intereses, comisiones y gastos; la L.C.C. 7/95 disponía, en su art. 6, que los contratos debían constar por escrito y se formalizarían tanto



ejemplares como partes del contrato, debiendo entregarse a cada una de ellas el correspondiente ejemplar debidamente firmado.

Del mismo modo, la Ley 26/91 dispone la formalización por escrito de los contratos sujetos a su ámbito "en doble ejemplar", acompañados de otro documento, el de revocación, fechados y firmados de puño y letra por el **consumidor** (art. 3 ).

Por su parte, la Orden Ministerial de 12-12-1.989, que desarrolla el art. 48.2 de la precitada Ley 26/1.988, en su Norma 7 dispone la entrega obligatoria de un ejemplar del documento contractual al cliente en las operaciones de préstamo y crédito (art. 7.2 B), que la Circular 8/90 contempla en su Norma 6 1 b), extendiendo el supuesto a las "instrumentadas mediante tarjeta de crédito", precisando en su ordinal 2 que la entidad conservará el ejemplar firmado por el cliente y también el "recibí del cliente" de la entrega de la copia del documento contractual.

La recurrente no ha aportado el recibí de la entrega de la copia del contrato al actor ni ha demostrado haber cumplido las formalidades documentales exigidas por la legislación especial precitada, de forma que la conclusión inicial es la de que el actor no conoció de las condiciones generales examinadas ni, por tanto, pueden tenerse por incorporadas ( art. 5 y 7 de LCG y 10 LGDCU ).

No obstante, la recurrente se apoyó en que al anverso del documento figura la leyenda de que el actor suscribió la declaración de conocimiento de las condiciones generales y de los términos del contrato, y sin embargo: primero, el art. 5 de la LCG exige, para el debido cumplimiento de los requisitos de incorporación, que el adherente sea informado de su existencia y consienta su incorporación, lo que no se tendrá por cierto si el predisponente no le entrega un ejemplar de las mismas, lo que, como se ha dicho, no se ha acreditado, y otro tanto establecía la letra A del art. 10.1 de T.R.L.G.D.C.U. 261/1.984; segundo, con ser que ni la LCG ni LGDCU exigen una forma concreta sobre la constancia de que el **consumidor** conoció y consintió la incorporación de las condiciones generales, teniendo oportunidad real de conocerlas, siendo común acudir a fórmulas rituales y genéricas en tal sentido, el T.J.U.E, advierte, en su sentencia del 18-12-2.014 , sobre el riesgo de que produzcan una inadmisibles inversión de la carga de la prueba sobre ese extremo, que corresponde al empresario, resultado que trataba de conjurar la declaración legal de abusividad de los ordinales 19 y 20 D.A. 1ª de la Ley 26/84 en su redacción dada por la Ley 7/98 sobre, respectivamente, la inversión de la carga de la prueba y, más genéricamente, en el segundo, sobre las declaraciones de recepción o conformidad que no se ajusten a la realidad; y tercero, enlazando con lo anterior, la firma del actor que legitimaría la fórmula de conocimiento viene puesta antes de esa declaración, en una casilla al pie de las relativas a los datos personales, puente cash y seguros opcionales, con una leyenda debajo de ella que hace exclusiva referencia al tratamiento de sus datos personales pero no al condicionado general, cuyo texto por el que el cliente declara su recepción y conocimiento, obra fuera de la casilla dispuesta para la firma y debajo del lugar y la fecha y, de nuevo, luego, al pie del anverso del documento, de modo que, por tratarse de antefirma, no puede tenerse por cierto que con ella se dio conformidad al conocimiento y recepción de las condiciones generales y su incorporación al contrato.

La conclusión obvia de todo esto es que no pueden tenerse por incorporadas y que todos los cargos en la cuenta de la tarjeta resultantes de su aplicación deben de tenerse por indebidos.

Item más, la anterior conclusión se refuerza y sube de tono cuando se considera aisladamente el referido "puente cash".

La recurrente dio al mismo el tratamiento de un servicio accesorio al contrato de emisión de tarjeta, tratándolo como una transacción en efectivo (transferencias de saldo con cargo a la cuenta de crédito. Condiciones 2.2 y 4.1) e imputándolo a la cuenta de la tarjeta, es decir, a la apertura o concesión de crédito contratado (hasta un límite de 3000 €) como servicio de la tarjeta de crédito.

Sin embargo, ya se ha dicho, en el anverso este producto se califica como un "préstamo" y la apertura o concesión de crédito asociado a la emisión de una tarjeta de crédito (en este caso, en la modalidad de crédito rotativo) no es un préstamo, caracterizado por la entrega del nominal al prestatario ( artículos 1.753 CC y 312 C.Com ), lo que no es el caso de la apertura del crédito aludido en que no se entrega el capital, sino que la obligación del concedente se contrae a la puesta a disposición en favor del titular de la tarjeta y para determinadas operaciones con consecuente reflejo, como cargo, en la cuenta de la tarjeta, que adquiere, de ese modo, el carácter de cuenta de crédito con operativa similar a ésta ( STS 11-06-99 , 7-04-2.004 , 20-01-2.005 y 7-12-2.006 ), de forma que surge la duda razonable sobre si el producto "puente cash" venía o no sometido a las condiciones del contrato de emisión de tarjeta (condicionado general al reverso) u otras, en éste último caso, desconocidas y no concretadas en documento o por medio alguno, con la ineludible consecuencia de no poder tenerlas por incorporadas al contrato, como del mismo modo si se aceptase la hipótesis del recurrente de tratarse de un servicio accesorio de la tarjeta sujeto a sus condiciones generales, pues la duda expuesta



sobre que eso fuese así determina, ineludiblemente, desde la consideración del **consumidor**, que no tuvo una oportunidad real de su conocimiento ( art. 7.A LCG y 10.1 Ley 26/84 ).

**QUINTO.** - Aún así, sólo con el propósito de dar plena satisfacción a la tutela de las partes e introducir claridad en el debate, ahondaremos (si bien a los puros efectos dialécticos) en alguno de los extremos sobre los que las partes discrepan:

Primero, respecto del interés remuneratorio, no viene adecuadamente identificado ni puede tenerse, en consecuencia, por determinado. En efecto, el art. 6 de la Ley 7/95 disponía que el documento contractual debía contener las condiciones esenciales del contrato, (sin especificar cuáles fuesen y entre las que la doctrina, ante el silencio de la norma, considera como tal el interés remuneratorio), pero también el TAE y la relación de los elementos que componen el coste total del crédito, entre los cuales (ahora sí) están los intereses, gastos y cargas asociados al crédito (art. 18 de la Ley), precisando el párrafo 2º del nº 3 del art. 6 precitado que las entidades de crédito y establecimientos financieros debían acomodar su conducta al respecto a lo dispuesto en el art. 48 de la L.D.I.E.C.R. 26/1988.

Pues bien, la Norma 7 de la Orden 12-12-1.989 que desarrolla el precitado art. 48 dispone, en su ordinal 4, que los documentos contractuales relativos a operaciones activas y pasivas en que intervenga el tiempo deberán recoger de forma "explícita y clara" los extremos relativos a tipo de interés nominal, periodicidad de su devengo, comisiones y gastos repercutibles, los derechos de la entidad en orden a su modificación, así como el "importe efectivo de la operación" y "el tiempo de interés efectivo anual" (conceptos próximos al coste total del crédito y el TAE).

Por su parte, la Norma 6 de la circular de BE 8/90, que desarrolla la Orden, reitera la necesidad de ese contenido en su ordinal 6º y (ahora sí, en el 10ª, con expresa referencia al TAE y los elementos que lo integran), precisando, respecto del pacto de modificación de intereses, comisiones y gastos, que en el caso de créditos al consumo se concretará el diferencial que se aplica al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste, la identidad del índice o una definición del mismo y de su método de cálculo, así como que los datos que sirvan de base al índice deben ser agregados de acuerdo con un procedimiento objetivo (6.6.D), que la variación del coste del crédito acordada en los contratos de crédito al consumo se ajustará a un índice de referencia objetivo y que, por último, en los contratos de crédito al consumo a los que sea de aplicación su art. 8 las modificaciones del coste total serán notificadas individualmente por el prestamista al prestatario cuando no se haya convenido la utilización de un tipo de referencia oficial (6.8), así como que, en todo caso, en los contratos de emisión de tarjetas de crédito las modificaciones del tipo de interés, comisiones y gastos deberán comunicarse previa e individualmente a la clientela.

Del mismo modo, en orden a la modificación de las condiciones del contrato relativas al coste total del crédito, el art. 8 de la Ley 7/1.995 disponía una serie de condiciones (ajuste a un índice de referencia objetivo, su identificación, definición y procedimiento de cálculo, el diferencial aplicable y los derechos de las partes) y en términos parecidos el ordinal 2, párrafo 2, de la D.A. 1 de la Ley 26/84 .

Pues bien, llevando todo lo dicho al caso, en las condiciones generales económicas del contrato (condición 2) se hace referencia al TAE pero no al tipo de interés nominal pactado (TIN), que no puede ni es posible confundir con aquél, tanto por disposición legal ( art. 18 CC 1/1.951) salvo el inusual caso (que aquí no se da) de que el único elemento integrante del TAE fuese el interés al no pactarse comisión o gasto alguno computable, como porque según resulta de las comunicaciones de extractos de la cuenta remitidos por el recurrente al recurrido, e incorporados como documentos 19 y 20 de la demanda, y 3,4, y 5 de la contestación, TAE y TIN aplicado no son iguales y de lo que, al fin, resulta que el tipo de interés remuneratorio ni siquiera venía correctamente indicado en las condiciones, a pesar de lo cual la recurrente, tanto en la contestación como en el cruce de comunicaciones habidas con el adverso previamente al proceso, identifica el TAE y el TIN afirmando que el interés aplicado era el indicado como TAE, lo que refuerza la idea de que el interés remuneratorio no venía adecuadamente identificado ni, por tanto, podría tenerse por efectivamente conocido por el actor incluso en el caso de tenerse acreditado que le hubiese sido entregado el condicionado o que tuvo oportunidad real de conocerlo, y si, en fin, se pretendiese que lo que el condicionado indica no es el TAE sino el TIN la confusión crece de tono y se habría incumplido la mención en el contrato de un elemento que la STJUE 16-11- 2.010 considera esencial y cuya falta afectaría a la comprensibilidad y claridad del contrato.

En segundo lugar, el condicionado 3, que contiene la facultad de modificación, se limita a declarar que la modificación del coste total del crédito estará vinculado a los cambios de mercado, al coste asumido por MBNA por prestar el servicio de tarjeta y/o al cumplimiento de sus obligaciones por el titular de la tarjeta y se llevará a cabo objetivamente, sin más especificar, es decir, sin cumplir con las exigencias legales predichas de identificación de un índice de referencia objetivo, el diferencial aplicable o el método de cálculo, con el resultado práctico final de que la modificación de los términos del contrato quedaría así sujeta a la exclusiva voluntad de





la recurrente contraviniendo la precitada D.A. 1 de la Ley 26/84 ordinal 2 y, con carácter general, de los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 CC. y asimismo también la doctrina del TJUE que declaró que este tipo de cláusulas, para su validez, requieren que se dé a conocer al **consumidor** en la fase precontractual, de modo transparente, el motivo y condiciones o modo de variación del coste, sin que esa falta de información al contratar pueda ser compensada posteriormente durante la ejecución del contrato ( STJUE 21-3-2.013 ).

Pero es que, además, por el recurrente no se ha acreditado la comunicación individualizada dirigida al actor de las modificaciones a través de un medio de comunicación fehaciente, por lo que también respecto a esto ha incumplido las obligaciones que le competían.

En suma, el resultado de todo es que debe de estimarse la petición formulada alternativamente como principal de que no puede tenerse por incorporadas al contrato las condiciones relativas al interés, comisiones y gastos.

Llegados a este punto, se impone establecer las consecuencias jurídicas y económicas de lo anterior.

La petición del actor es la de que sólo estaba obligado a la devolución del capital del crédito, sin intereses ni cargos por comisiones o gastos, resultando la recurrente deudora de aquél, sin embargo a la luz del art. 7 de la Ley 7/95 el resultado puede ser diverso, pues el precitado artículo dispone uno distinto para otros tantos supuestos posibles, a saber: nulidad en caso de incumplimiento de la forma escrita, con los efectos, entonces, del art. 1.303 CC., abono del capital con el interés legal en caso de falta de mención del TAE; abono de sólo el nominal en caso de falta de mención de los datos de la letra B del art. 6; y tercero, exención del abono de los gastos no citados en el contrato (letra C art 6).

Lo razonado no es que se haya infringido la forma documental exigida por el art. 6.1 de la Ley 7/95, sino la no entrega al actor del ejemplar del contrato con sus condiciones generales y, como consecuencia, que el actor no tuvo oportunidad real de conocerlas, con el resultado de que no pueden tenerse por incorporadas. En segundo lugar, el TAE viene nominalmente indicado y es su tratamiento por la recurrente, como interés nominal, el que introduce la duda sobre su efectiva indicación pero, en definitiva, viene incluido en el contrato; por último, parece lógico equiparar la falta de mención específica de los elementos que componen el coste del crédito (intereses, comisiones y cargas del art. 18 Ley 7/95) con la declaración de no incorporación de acuerdo con el art. 9 LCG, de forma que el saldo de la cuenta de la tarjeta deberá resolverse de acuerdo con la propuesta del actor, es decir, computar como débito de su cargo sólo el capital dispuesto.

Y en este punto surge de nuevo la discrepancia entre las partes, pues en la demanda sólo se reconoce la disposición de 2.900 € (puente cash), mientras por la demandada se sostiene que además el actor hizo uso de la tarjeta en cajeros automáticos por un total acumulado de 670 €, entre junio del año 2.004 y marzo del 2.005 (folio 112).

Desde luego que corresponde al emisor de la tarjeta la prueba de los cargos en la cuenta de la tarjeta ( STS 21-12-2.001 y 8-3- 2.003) sin que el largo tiempo transcurrido entre aquel momento y este proceso le disculpe de ello pues, con carácter general, la regla temporal del art. 30 C.Com. no le exime de ello ( STS 14-11-2.001 y 24-1-2.006 ), siquiera, de no conservar la dicha documentación, es obvio y lícito acudir a otros medios probatorios indirectos que, en el caso, como es habitual en este tipo de controversia, se concretan en la conducta silente del titular de la tarjeta ante la comunicación periódica de los extractos de cuenta con indicación de los cargos, lo que, a su vez, obliga a recordar la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la que el conocimiento no puede interpretarse por sí y sin más como consentimiento ni tampoco, por tanto, el silencio, sino cuando concurren determinados condicionantes, uno subjetivo y otro objetivo, a saber, que el sujeto silente conoció y conforme a los usos negociales debió reaccionar dando respuesta ( STS 10-12-1.999 y 27-12-2.010 )

En el caso, a través de los documentos aportados con la demanda y contestación relativos a los extractos periódicos conocemos que éstos hacían indicación separada de los cargos correspondientes a cada período y el actor, al declarar, no negó la recepción de este tipo de información, con lo cual debemos tener por acreditadas las disposiciones por cajero automático.

De otro lado está que en ese mismo interrogatorio reconoció haber solicitado el producto o servicio "puente cash" pero también el uso de la tarjeta en cajero. Ciertamente, preguntado por su dirección Letrada se desdijo de lo anterior, pero también incluso llegó a negar que el nominal del "puente cash" le hubiese sido transferido a una cuenta bancaria de su titularidad (lo que, por el contrario, se reconoce en la demanda), de forma que la incertidumbre la introduce el propio declarante después de reconocer el uso de la tarjeta y por eso que esto es lo que debe de tenerse por cierto.

Pero la contradicción entre las partes va más allá y se extiende a los abonos hechos por el actor en la cuenta de la tarjeta de crédito. El escrito rector sostiene que los pagos realizados fueron en total 10.278,68 €, mientras que el demandado los cifra en 9.129,34 €



El actor obtiene la suma a partir de la información sobre la cuenta de la tarjeta que le remitió la propia recurrente, llegando sin embargo, una y otra parte, a distinto resultado sobre este extremo (a pesar de basarse en el mismo medio probatorio y fuente de información), no habiéndose practicado prueba pericial que, de forma definitiva y concluyente a la vista de la cuenta de la tarjeta y demás documentación obrante en autos, despejase la contradicción.

En esta tesitura, como es que al actor corresponde la prueba de los abonos, debe acogerse la propuesta de la recurrente de concretar éstos en la suma de 9.129,34 €

De este modo tenemos que el actor habría dispuesto de la suma de 3.570 € y habría abonado la de 9.129,34 €, resultando, entonces, un saldo a su favor de 5.559,34 €.

Pero aún se ha de puntualizar algo más; la petición de que se anule el cargo por la prima del seguro se formula con carácter subsidiario de la alternativa principal de que se declare la no incorporación al contrato de las condiciones económicas 2.2, 2.5, 2.6, 2.7 y 2.9, de forma que, estimada esta petición principal, debería computarse como cargo lícito el de la prima del seguro, pues nada tiene que ver con las predichas condiciones y que, según comunicación de la recurrente al actor en la fase precontractual, ascendió a 1.312,81 € (folio 45) que debería sumarse al capital dispuesto (4.882,81 €), pero como es también que el recurrente en su escrito de recurso solicita, como petición subsidiaria a la desestimación de la demanda, que caso de declararse su deber de reintegro se fije éste en 5.559,34 €, sin entrar a discutir si la prima del seguro debe de reputarse como pago válido y a computar en la determinación final de la suma de la condena que, de acuerdo con lo dispuesto en el art 465.5 LEC, deba concluirse declarando como suma reintegrable la de 5.559,34 €, que devengará el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial y el procesal del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia de instancia hasta su pago, debiendo en esto revocarse la sentencia recurrida, como también respecto de las costas de la instancia, pues la estimación de la demanda es parcial.

**SEXTO.** - No se hace expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Avant Tarjeta, Establecimiento Financiero de Crédito S.A., Sociedad Unipersonal, frente a la sentencia dictada el día cinco de diciembre de dos mil catorce por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Siero, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se **REVOCA** y dictamos otra por la que estimamos en parte la demanda formulada por Don Argimiro frente a Avant Tarjeta, Establecimiento Financiero de Crédito S.A., Sociedad Unipersonal y condenamos al demandado a satisfacer al actor la suma de 5.559,34 €, que devengará el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial y el procesal desde el dictado de la sentencia de primera instancia.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de la instancia ni de las de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

**PUBLICACION.**- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.