



Roj: **SAP OU 862/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:862**

Id Cendoj: **32054370012021100596**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2021**

Nº de Recurso: **345/2020**

Nº de Resolución: **613/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00613/2021

Modelo: N30090

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

N.I.G. 32054 42 1 2018 0006894

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000345 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000804 /2018

Recurrente: **INVESTCAPITAL MALTA LTD**

Procurador: don RAMON MONTERO RODRIGUEZ

Abogado: doña MARIAN ANTELO DORREGO

Recurrido: don Maximiliano

Procurador: doña ANA MANUELA LOPEZ PUGA

Abogado: don BENJAMIN CARAMES SANCHEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por la Ilma. Sra. Magistrada doña María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 00613/2021

En la ciudad de Ourense a veintitrés de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Verbal procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Ourense, seguidos con el n.º 804/18, Rollo de apelación núm. 345/2020, entre partes, como apelante la entidad mercantil Investcapital Malta LTD, representada por el procurador de los tribunales don Ramón Montero Rodríguez, bajo la dirección de la letrada doña Marian Antelo Dorrego y, como apelado, don Maximiliano, representado por la procuradora de los tribunales doña Ana Manuela López Puga, bajo la dirección del letrado don Benjamín Caramés Sánchez.



I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 14 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la entidad INVESTCAPITAL MALTA, LTD, representada por el Procurador D. Ramón Montero Rodríguez, contra D. Maximiliano , representado por la Procuradora D^a. Ana Manuela López Puga, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA LIBRE ABSOLUCIÓN de D. Maximiliano de todos los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la parte demandante."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil Investcapital Malta LTD recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Investcapital Malta LTD formuló demanda de juicio monitorio contra Don Maximiliano , en reclamación de la cantidad de 3480,44 euros, que corresponde al saldo deudor de la cuenta vinculada a una **tarjeta** de crédito de pago aplazado, **revolving** denominada Visa Carrefour, concertada por el demandado con la entidad Servicios Financieros Carrefour, EFC, S.A., el día 30 de noviembre de 2007, habiéndole cedido esta entidad el crédito en virtud de escritura pública de fecha 30 de noviembre de 2016 a Investcapital Malta LTD, que cambió su denominación por la de Investcapital LTD. La cantidad reclamada corresponde a deuda vencida pendiente de pago por importe de 605,62 euros, y capital anticipado, 2.874,82 euros, ascendiendo así a 3.480,44 euros. La parte demandada se opuso a la reclamación alegando la excepción de falta de legitimación activa de la entidad Investcapital Malta LTD, siendo falso que se hubiera realizado ante notario el contrato de cesión de activos, considerando en todo caso insuficiente la certificación sobre la cesión de su crédito aportada, pues se desconoce el precio pagado a los efectos de ejercitar el derecho de retracto reconocido en el artículo 1535 del Código Civil. Añade que el interés remuneratorio pactado en el contrato ha de calificarse abusivo y usurario conforme a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura y es igualmente abusiva la cláusula de vencimiento anticipado al reconocer a la entidad financiera la facultad de resolver el contrato sin penalización alguna en determinados supuestos, no otorgando el mismo derecho al prestatario que en todos los supuestos de amortización anticipada total o parcial se penalizaría con el pago de una comisión, provocando así un desequilibrio evidente e importante entre los derechos y obligaciones de las partes. En la sentencia dictada en primera instancia se desestimó la demanda, al estimarse la excepción de falta de legitimación de la actora al no haber aportado el contrato de cesión de crédito, ni la escritura pública de cesión, ni un documento justificativo del precio abonado por el crédito litigioso, ni notificación al demandado de la cesión operada. Frente a dicha resolución se interpone por la actora el presente recurso de apelación alegando que la documentación aportada es suficientemente justificativa de la cesión operada que le permite reclamar la deuda al demandado, no tratándose de un crédito litigioso y no pudiendo ejercitarse el retracto en los términos previstos en el artículo 1535 del Código Civil. Añade además que el interés pactado no es usurario, teniendo en cuenta los tipos de interés normalmente aplicados a las **tarjetas revolving** como la de litis.

La parte demandada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- En relación a la falta de legitimación activa de la entidad Investcapital LTD para la reclamación del crédito objeto de este procedimiento, es preciso tener en cuenta que se trata de una cesión de créditos global no individualizada, en relación a las que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 18 de mayo de 2017, señala:

"En ocasiones, como consecuencia de los procesos de intervención, subasta, absorción, fusión..., de entidades financieras, o, simplemente, debido a la venta de un paquete de créditos a fondos de inversión, la entidad financiera que suscribió la póliza o escritura de préstamo o crédito deja ser la contraparte contractual, sustituida por otra distinta(..)

(..)A este respecto, cumple recordar que la cesión de contrato es una figura compleja, que no aparece regulada con carácter general en nuestro derecho positivo y que requiere la existencia de una relación obligatoria con prestaciones recíprocas que se encuentran todavía -total o parcialmente- pendientes de ejecución.

La STS 709/2006, de 29 de junio , recordaba que la cesión del contrato "implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial (sentencia de 7 de noviembre de 1998), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus



derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (sentencia de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (sentencia de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998). Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales (que destaca la sentencia de 5 de marzo de 1994) ".

En la misma línea se pronuncia la STS 532/2014, de 13 de octubre, que distingue la cesión de contrato de la cesión de crédito, que " consiste en la transmisión de la titularidad por el anterior al nuevo acreedor, siendo sujetos de la misma el cedente y el cesionario de modo que el deudor cedido no es parte en el negocio de cesión y no tiene que manifestar ningún consentimiento para que se produzca".

El Código Civil dedica los arts. 1526 y ss. a la cesión de créditos, como transmisión de la titularidad de un crédito entre un antiguo acreedor y uno nuevo - cedente y cesionario-, producida como efecto jurídico de un contrato celebrado entre ellos. Ese contrato, o incluso mero acto jurídico, que causa la transmisión entre cedente y cesionario puede ser de muy diversa especie: venta, donación, dación en pago, permuta... No existe en sí, por tanto, el negocio de cesión de créditos como categoría autónoma, sino que la cesión de créditos es el efecto común a una variedad de esquemas negociales, que tienen por objeto, no la cesión de la entera posición contractual, que requeriría el consentimiento del otro contratante, sino sólo de la titularidad activa, de forma que se desmembrarán las posiciones relativas de acreedor y deudor de una de la partes (v.gr., la facultad resolutoria del art. 1124 CC correspondería al nuevo acreedor - STS de 23 de octubre de 1984 -, con el efecto de que el cesionario se convertiría con la resolución en acreedor de la pretensión de restitución sobre la prestación llevada a cabo por el cedente, mientras que, en su caso, la exceptio non adimpleti contractus sigue correspondiendo al cedente).

En todo caso, la cesión de créditos tiene eficacia plena y efecto transmisivo del crédito desde el mismo momento en que se perfecciona el negocio que la produce. Y ello no solo entre los que realizaron dicho contrato y el deudor cedido, sino también frente a terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1526 párrafo 2º CC (trasunto de los arts. 1218 y 1227 CC) y de la necesidad de notificación al deudor para evitar el efecto liberatorio del pago al primitivo acreedor ex art. 1527 CC.

Ahora bien, la diferencia entre la cesión de contrato y la cesión de crédito sobre la necesidad de consentimiento del otro contratante debe matizarse cuando estamos ante una cesión global o en bloque de un patrimonio.

Cuando la Ley habla de cesión del contrato (art. 1205 CC) o del crédito (art. 1526 CC) se refiere a la efectuada por negocio jurídico concreto que tiene por objeto la transmisión individualizada de lo que sea su objeto, pero no a la que se produce por ministerio de la ley y que se engloba en la totalidad de un patrimonio.

En esta línea la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, aparece desarrollada en la STS 165/2015 de 1 de abril, cuyas conclusiones en lo que ahora interesa son:

"1.- La cuestión nuclear que es objeto de debate en el presente recurso versa sobre la aplicación del art 1.535 CC que regula el retracto de un crédito litigioso, cuando éste conjuntamente con otros créditos litigiosos o no, ha sido objeto de un traspaso en bloque por sucesión universal a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora (Caja Círculo) que conforma una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones de la sociedad beneficiaria (Banco Grupo Cajatrés, S.A.). Esta operación fue realizada al amparo del art. 71 de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

En relación al retracto de crédito litigioso que contempla el art. 1535 CC, la doctrina fijada en la STS invocada por el recurrente, de 31 de octubre de 2008, señala que el "vocablo crédito comprende todo derecho individualizado transmisible", acorde con un criterio general de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1459.5º CC) y, por consiguiente, debe entenderse que aquel precepto "se refiere a todos los derechos (y acciones) individualizados y que sean transmisibles".

2.-La segregación a que se refiere el art. 71 de la Ley 3/2009 es una figura jurídica muy extendida en el tráfico mercantil, que supone un solo negocio jurídico consistente en un traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a favor de una o varias sociedades, recibiendo a cambio aquellas acciones de las sociedades beneficiarias. La diferencia fundamental frente a la escisión total o parcial reside en que la contraprestación a la aportación la recibe la propia sociedad segregada y no los socios de ésta. Razón por la cual, por la segregación, no es necesario que se extinga la entidad transmitente.

En la segregación no hay individualización de los créditos, ni una pluralidad de negocios jurídicos de cesión de créditos, porque estos se transmiten en bloque, por sucesión universal, formando una unidad económica.



3.- A la vista de cuanto antecede, podemos concluir que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala y que, ahora, confirmamos".

Esta doctrina del TS, ha venido también a ser validada por la STJUE de 7 de agosto de 2018, que da respuesta a la cuestión prejudicial que invocaba en su favor la parte apelante, cuando declara que: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso."

En el presente caso la parte actora ha aportado un documento público en el que el notario refleja expresamente que en virtud de escritura por el mismo autorizada de fecha 30 de noviembre de 2016, la entidad Servicios Financieros Carrefour EFC, S.A. cedió a la actora Investcapital Malta LTD, que cambió su denominación por la de Investcapital LTD, en virtud de escritura de 6 de diciembre de 2017, una serie de créditos de los que la primera era titular; y que mediante acta de la misma fecha los otorgantes depositaron en su despacho un CD conteniendo los créditos objeto de la cesión entre los que figuraba el que es objeto de este procedimiento, identificando el número del contrato, titular, NIF e importe cedido, que no es otro que el que se reclama en este procedimiento.

Por medio de dicho documento el notario da fe, por tanto, que entre la relación de créditos que han sido objeto de la cesión, relación que tiene a la vista, se encuentra la deuda del demandado, reseñando el número del contrato de **tarjeta** y el importe de la deuda. En estas circunstancias la cesión del crédito se encuentra suficientemente justificada, sin que sea necesario el conocimiento del importe total abonado en la cesión a los efectos del retracto del crédito, pues ni se ha ejercitado la acción de retracto ni la misma podía prosperar.

En relación al ejercicio del derecho de retracto del artículo 1535 del Código Civil en relación con el ejercicio del derecho de retracto del art. 1535 CC, debe resolverse si, efectivamente, estamos ante un crédito litigioso de los comprendidos en el art. 1535 CC, pues en caso contrario, no resultará de aplicación el régimen jurídico que prevé en cuanto a la posibilidad del ejercicio de un derecho de retracto en los términos establecidos en los arts. 1535 y 1536 CC. Que se trate de un crédito litigioso es requisito o presupuesto para la aplicación de dicho régimen, es decir, que se encuentre sub iudice. A tal efecto, señala la STS 976/2008, de 31 de octubre que: "La transmisión se refiere a un derecho de crédito litigioso, considerándose litigiosos aquéllos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SSTS 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)". Por su parte, ya con anterioridad, la STS 149/1991, de 28 de febrero concreta que, "la estructura del "crédito litigioso" presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquélla, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación, pero ha de hacerse constar que nunca cabe referir el concepto a una relación jurídica ya agotada o consumida ". Y, a pesar de su antigüedad, pero manteniéndose vigente su doctrina, la STS 690/1969, de 16 de diciembre , concluye que: " una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de "crédito litigioso", se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción "

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020 sobre la interpretación jurisprudencial del artículo 1535 del Código Civil, señala:

"El artículo 1535 del Código Civil establece:



"Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

"Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

"El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago".

La sentencia de esta sala 690/1969, de 16 de diciembre, definió el crédito litigioso de la siguiente forma:

"aunque en sentido amplio, a veces se denomina "crédito litigioso" al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, "crédito litigioso", es aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una "litis pendencia", o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración".

La sentencia 976/2008, de 31 de octubre, declaró que, a efectos del art. 1535 CC, se consideran créditos litigiosos:

"aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)".

A su vez, la sentencia 165/2015, de 1 de abril, ratificó dicho concepto y declaró que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, tal y como sucede en los casos de segregación previstos en el art. 76 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia 464/2019, de 13 de septiembre.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, el art. 1535 CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la demanda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra sentencia 976/2008), pero no el final. Este término final lo situó la citada sentencia 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar:

"una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de "crédito litigioso", se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción".

El crédito cedido en este caso no puede considerarse como crédito litigioso a los efectos del artículo 1535 del Código Civil pues en el momento de la cesión, no existía contienda judicial alguna.

TERCERO.- Alega el demandado que las condiciones generales incluidas en el contrato de **tarjeta** de crédito suscrita el día 30 de noviembre de 2007, reguladoras de los intereses y comisiones, no superaban el control de transparencia por no haberse incorporado válidamente al contrato, pues la contratación se realizó telefónicamente y nunca fue informado del real funcionamiento de este tipo de **tarjeta** y el precio que finalmente abonaría.

Al efecto ha de señalarse que no cabe el control de abusividad respecto de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, como son las reguladoras de los intereses remuneratorios, al tratarse del precio del contrato, pero puede llevarse a cabo el doble control de inclusión y de transparencia, cuando se trata de cláusulas no negociadas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

De los considerandos de la Directiva 93/13/CEE y su articulado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se extrae que la Directiva se refiere únicamente a las cláusulas de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que no hayan sido objeto de negociación individual.



A los efectos de la Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio del producto, "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" (artículo 4.2).

Las cláusulas pueden considerarse abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato.

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito de la Directiva disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor mayor protección.

Las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, el precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, solo quedan exentas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible; toda adaptación del Derecho interno al artículo 4.2 debe ser completa, de modo que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas se refiere únicamente a las redactadas de manera clara y comprensible (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de mayo de 2002 y 1 de abril de 2004).

En conclusión, en aplicación teleológica de esta Directiva a la normativa interna y del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Ley 1/2007 de 16 de noviembre y los artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puede concluirse que los elementos esenciales del contrato (y los intereses ordinarios o remuneratorios son precio), si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012). Por el contrario, los tribunales tienen la obligación de examinar de oficio la abusividad de una cláusula que imponga una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpliera sus obligaciones.

En relación al control de transparencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, declara:

"Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación 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». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[El control de transparencia] 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» (sentencias 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo)."

Esta jurisprudencia se encuadra, en lo relativo al fundamento y alcance del control de transparencia en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, principalmente en la Sentencia de 30 de abril de 2014 y en las más recientes de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017.

Continúa señalando la referida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017: "Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó."



Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que aplicó el control de transparencia a unas cláusulas suelo, expresamente afirmó que "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor", pero esta afirmación ha sido matizada en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015. En esta línea, la sentencia de 25 de mayo de 2017 señala:

"No negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente. Esto es, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia de determinadas previsiones contractuales sobre su posición económica o jurídica en el contrato, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él.

Pero en el caso de las cláusulas suelo, por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado.

Como apostillamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación»."

Así pues, para que se cumpla adecuadamente el control de transparencia en un contrato de crédito o préstamo al consumo deberán constar de forma clara, concisa y destacada el importe y número de cuotas mensuales que debe pagar el prestatario o titular del crédito: tipo de interés nominal (TIN) así como la tasa anual equivalente (TAE), conforme exige el artículo 16 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; a fin de que este tenga cabal conocimiento del importe del interés remuneratorio que debe satisfacer para devolver el capital prestado y pueda evaluar las consecuencias económicas derivadas a su cargo, basándose en criterios precisos y comprensibles.

En el caso de autos el denominado contrato de apertura de **tarjeta** Pass Visa tiene como objeto la apertura de una línea de crédito que permitiría disposiciones mensuales de 600 euros, habiendo suscrito el demandado un documento compuesto por tres hojas que recogen las condiciones del préstamo sobre intereses y comisiones. Algunas de esas condiciones son totalmente ilegibles al aparecer en caracteres totalmente borrosos, sin posibilidad técnica de mejorar su calidad. Otras son de imposible lectura sin aumentar mecánicamente su tamaño.

En este caso, además del tamaño y la falta de nitidez de las letras, dentro de la general falta de accesibilidad y legibilidad del contrato, merece especial mención la que afecta a una de sus condiciones esenciales que es el precio o la contraprestación asumidos por el consumidor. El clausulado del contrato aparece entremezclado con otro referente a un contrato de préstamo y a un contrato de seguro, aportándose fotocopias en la que unos textos están impresos en horizontal y otros en vertical. No se destaca el coste o precio que deberá abonarse y todas las condiciones que supuestamente definirían los elementos esenciales del contrato aparecen recogidas en bloques de texto excesivamente densos, de lectura más que difícil o incómodo, realmente imposible.

Ciertamente tratándose no de un préstamo con entrega de un capital concreto sino de un contrato de **tarjeta** de crédito, en el que se prevé la posibilidad de sucesivas disposiciones por parte del titular del crédito, es fundamental la claridad y la transparencia de la regulación de los intereses remuneratorios incluida en las cláusulas contractuales para los supuestos en que el titular haya efectuado distintas disposiciones, o se haya excedido del límite, máxime en los casos en que en el contrato únicamente se contempla la existencia de intereses remuneratorios, y si bien no se incluyen intereses moratorios, sí que se incorpora una cláusula penal para el caso de incumplimiento, lo que complica que el consumidor conozca realmente la carga o precio real del contrato. En consecuencia, estos contratos, ni por su sistemática ni por su presentación, superan el control de transparencia, fundamentalmente en relación con la regulación de los intereses remuneratorios, en los términos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por tanto, al no cumplir las exigencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículos 10.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y legibilidad (artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación), la consecuencia conforme a este último precepto es que no quedarán incorporadas al contrato al no haber tenido el adherente la oportunidad real de conocer de manera completa, al tiempo de la celebración del contrato y resultar ilegible.



En todo caso, la parte actora no ha acreditado siquiera cuál fue el capital del que el demandado dispuso, pues el primer asiento de los apuntes contables aportados tiene fecha de 10 de diciembre de 2007, diez días después de la contratación y en ese momento aparece ya un cargo en la cuenta de 3.480,44 euros, desconociéndose su origen y los motivos a los que responde, por lo que la reclamación efectuada en la demanda no puede ser estimada.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la imposición de las costas a la parte apelante.

Procede la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Investcapital LTD, el procurador de los tribunales don Ramón Montero Rodríguez, contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de los de Ourense, en autos de Juicio Verbal núm. 804/18, Rollo de apelación núm. 345/2020, que, consecuentemente, se confirma; imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta mi sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronuncio, mando y firmo.