

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

Recurso apelación procedimiento ordinario
LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 102/2019

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 10 zk.ko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario 139/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea:

Procurador/a/ Prokuradorea:

Abogado/a / Abokatua: RODRIGO PEREZ DEL VILLAR CUESTA

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. - BBVA S.A.-

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

S E N T E N C I A N.º 180/2019

ILMAS. SRAS.

D.^a

D.^a

D.^a

En BILBAO (BIZKAIA), a catorce de mayo de dos mil diecinueve.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Tercera, constituida por las Ilmas. Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 139/2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao, a instancia de D.

, apelante - demandado, representado por la procuradora D.^a y defendido por el letrado D. RODRIGO PÉREZ DEL VILLAR CUESTA, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. - BBVA S.A.-, apelado - demandado, representado por el procurador D.

y defendido por el letrado D.

; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 14 de diciembre de 2018.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 14 de diciembre de 2018 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora Dña , en nombre y representación de D. contra BBVA, S.A, acuerdo:

PRIMERO.- Absolver a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra

SEGUNDO.- No hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de D. , se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación el presente rollo al que correspondió el número de Registro 102/19 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 2 de abril de 2019 se señaló el día 13 de mayo de 2019 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante interpone recurso de apelación alegando básicamente infracción de la aplicación e interpretación de la doctrina aplicable al caso; así, viene a sostener que conforme a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, el interés

remuneratorio que se ha fijado en el contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes, resulta notablemente superior al normal del dinero, y ello porque el parámetro de referencia a que se debe estar en este tipo de contratos denominados de línea de crédito revolving en una tarjeta de crédito, es el referido a los intereses establecidos en operaciones de crédito al consumo; teniendo en cuenta que el interés del dinero en la fecha de suscripción del contrato era de un 9,35% y que el fijado en el contrato se señala en un 24,60%, es manifiesto la desproporción establecida; es un interés manifiestamente desproporcional con las circunstancias del caso; la carga de la prueba sobre lo que no es existente le incumbe al banco demandando, siendo que en este caso la demandante es una funcionaria que goza de salario fijo y que fue la operación admitida sin problema por el empleado del banco, que el informe interno que el banco establece lo es automático; cuya duda es manifiesta por resultar de forma inespecífica a la cliente.

En todo caso, viene en segunda instancia a alegar que de oficio este Tribunal analice y resuelva una serie de cláusulas integradas en el contrato objeto de autos, que a su entender resultan abusivas, como son el interés por demora fijado en el 24% del nominal, y comisión por recibos impagados, alegando en su interés resolución que avala su pretensión.

Por la parte demandada se opone al recurso solicitando la ratificación de la sentencia, y en cuanto a la invocación de nulidad de cláusulas abusivas en esta segunda instancia, imposibilidad de alegación por no ser invocadas en la demanda, creando en su caso indefensión a esta parte; y, por último, no ser abusivas en su incorporación al contrato.

SEGUNDO.- Esta Sección Tercera, la cuestión que se viene a sostener en el recurso de apelación ha sido ya analizada y resuelta en varias resoluciones, y así en la sentencia dictada por esta misma ponente en fecha 4 de octubre 2018 se razonó: "La cuestión suscitada por la parte apelante, y como bien invoca la parte demandada, se ha resuelto por esta Sección Tercera en sentencia de 13 de marzo de 2018 y en cuanto supuesto idéntico al que ahora se resuelve se viene a insertar los motivos expuestos; la citada sentencia razona que debe hacerse referencia a la sentencia del **TS. STS, Civil sección 991 del 25 de noviembre de 2015** "...El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, que establece: « [s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés

notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: « [l]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido» .

La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

2.- El art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes, y actualmente el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril , y 469/2015, de 8 de septiembre , la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le

supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito « sustancialmente equivalente » al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio , 113/2013, de 22 de febrero , y 677/2014, de 2 de diciembre .

3.- A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art.1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, « que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija « que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , y 677/2014 de 2 de diciembre , exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley.

4.- El recurrente considera que el crédito "revolving" que le fue concedido por Banco Sygma entra dentro de la previsión del primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura en cuanto que establece un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las

circunstancias del caso.

La Sala considera que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura por cuanto que la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales mencionados.

El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, « se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor », el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés « normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia » (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) n° 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir

de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

En el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es « notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como « notablemente superior al normal del dinero»....."

En esta misma línea la sentencia de la AP Madrid de 26/2/2019 en la que se dice".- El artículo 1 de la ley de 23 de julio de 1908 , de la usura, dispone que: "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos."

El artículo 3 de la misma ley dispone que: "Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado." Y su artículo 9 que: "Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido."

TERCERO.- Hasta el momento el Tribunal Supremo solo se ha pronunciado en la sentencia 25 de noviembre de

2015 sobre el carácter usurario del interés aplicado a una tarjeta de crédito del tipo "revolving", similar a la analizada en este proceso; sentencia del pleno del Tribunal.

De la referida sentencia del Tribunal Supremo conviene destacar los siguientes razonamientos: "TERCERO.- Decisión de la Sala. Carácter usurario del crédito "revolving" concedido al consumidor demandado.

1. - Se plantea en el recurso la cuestión del carácter usurario de un "crédito revolving" concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE.

El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, que establece: "[s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: "[l]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido".

La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

2.- El art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes, y actualmente el art. 4.1 Orden

EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito "sustancialmente equivalente" al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio, 113/2013, de 22 de febrero, y 677/2014, de 2 de diciembre.

3.- A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, "que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija "que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de

junio , y 677/2014 de 2 de diciembre , exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley.

4.- El recurrente considera que el crédito "revolving" que le fue concedido por Banco Sygma entra dentro de la previsión del primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura en cuanto que establece un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso.

La Sala considera que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura por cuanto que la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales mencionados.

El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, "se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor", el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en

esta materia " (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) n° 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

En el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es "notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como " notablemente superior al normal del dinero".

5.- Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea " manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada.

La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

6.- Lo expuesto determina que se haya producido una infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, al no haber considerado usurario el crédito "revolving" en el que se estipuló un interés notablemente superior al normal del dinero en la fecha en que fue concertado el contrato, sin que concurra ninguna circunstancia jurídicamente atendible que justifique un interés tan notablemente elevado.

CUARTO.- Consecuencias del carácter usurario del crédito.

1.- El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Banco Sygma al demandado conlleva su nulidad,

que ha sido calificada por esta Sala como " radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva" sentencia núm. 539/2009, de 14 de julio .

2.- Las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art.3 de la Ley de Represión de la Usura , esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

En el caso objeto del recurso, el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda ha de ser completamente desestimada.

La falta de formulación de reconvenición impide aplicar la previsión de la segunda parte del precepto, según el cual, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado."

CUARTO.- En términos bastantes generales, cuando alguien, una persona física o jurídica, se ve involucrada en la concesión de un préstamo u operación similar calificada de usuraria por el interés anormalmente superior al normal del dinero aplicado, suele justificar la operación de tres formas. En primer lugar, crea un microcosmos, una especie de submercado, para justificar que en ese reducido mundo, en ese mercado de especiales relaciones, el interés es totalmente anormal. En segundo lugar, incide en las especiales características del prestatario, alguien sin solvencia, sin crédito, sin garantías, lo que justificaría, el interés anormalmente elevado. Y en tercer lugar alude a otros operadores del submercado, de su microcosmos económico, que funcionan con los mismos intereses. Los ejemplos son fáciles de imaginar, sin que el Tribunal tenga que descender o explicarlos.

El caso que se nos presenta tiene algunas particularidades. Primero, que no nos hallamos ante un prestamista de chiscón sino ante una entidad bancaria. Segundo, que afecta a un segmento comercial en cierta medida consolidado, es decir, la aplicación de estos tipos de intereses en tarjetas de crédito tipo "revolving" está más extendida de lo que pueda parecer. Tercero, el Banco de España al aplicar las estadísticas sobre los tipos de interés comprende actualmente dentro de las relativas al crédito al consumo un capítulo específico relativo a las tarjetas de crédito con pago aplazado y a las tarjetas

"revolving".

El 27 de enero de 2010 se dicta la Circular1/2010 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplica a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras. Se trata de una circular a los solos efectos estadísticos, pero es cierto que contempla un capítulo específico relativo a las tarjetas de crédito de pago aplazado. A partir de entonces, en sus estadísticas el Banco de España diferencia entre el crédito a la vivienda, el crédito al consumo, y los créditos para otros fines, y dentro del crédito al consumo se crea una columna específica para las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjeta revolving.

Esto ha llevado a que algunos órganos judiciales hayan considerado como interés normal del dinero el publicado a efectos estadísticos por el Banco de España para las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas "revolving", y por ello rechacen la apreciación de usurario del interés de determinadas tarjetas de crédito con pago aplazado. Esto es, en definitiva, lo que ha estimado la sentencia recurrida.

QUINTO.- A nuestro juicio, el criterio que aplicó la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 fijándose en el interés medio de los préstamos al consumo como interés normal del dinero a los efectos de calificar los intereses aplicados y convenidos como usurarios es el más correcto.

La publicación por el Banco de España de datos estadísticos que comprenden los tipos de crédito aplicados en las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas "revolving", no debe tener otra función, en nuestra opinión, que dichos datos estadísticos, amén de que para este cálculo medio de los intereses aplicados en tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas "revolving" se tiene en cuenta tanto las tarjetas de crédito con pago aplazado con unos intereses que no son anormalmente superiores a los aplicables al crédito al consumo, como aquellas que aplican unos intereses anormalmente superiores a este interés, con T.A.E. bien por encima del 20%, de ahí la media calculada.

En el caso litigioso consta que en el año 2007 se aplicaba a la tarjeta de crédito un T.A.E. del 22,9% cuando los tipos medios de crédito al consumo variaban entre el 8,58 % y un 8,86 %, con un T.A.E. entre el 9,47% y el 10,07 %.

En el año 2008 se aplicó a la tarjeta de crédito el anterior interés hasta el 18 de junio de 2018, después, hasta el 18 de diciembre de 2008 un T.A.E. del 24,9%, y desde el 18 de diciembre de 2008 un T.A.E. del 25,9 %, cuando los tipos medios del crédito al consumo publicados por el Banco de España oscilaban entre un 9,34% y un 9,51%, con un T.A.E. entre el 10,55 y el 10,99% /año.

En el año 2010 los tipos medios de crédito al consumo publicados por el Banco de España oscilaban entre el 8,23% y el 8,07%, con un T.A.E. entre el 10,59% y el 7,47%, y en el año 2012 oscilaban entre un 10,80%, y un 9,39%, con un T.A.E. entre el 10,07 % y el 8,32% cuando a la tarjeta de crédito se le aplicaba un T.A.E. del 25,9 %.

Estos tipos aplicados a la tarjeta de crédito estimamos que exceden notablemente del interés normal del dinero, coincidente a estos efectos con los tipos aplicados por las entidades de crédito en el crédito al consumo en España publicados por el Banco de España, por lo que deben ser calificados como usurarios conforme a la ley de Represión de la usura de 23 de julio de 1908.

Tampoco las concretas circunstancias del demandante justifican la aplicación a la tarjeta de crédito de aquellos intereses notablemente superiores al normal del dinero, que deben considerarse desproporcionados con las circunstancias del caso.

Sobre este último tema volvemos a recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 cuando declara que: "Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea " manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo

en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico."

SEXTO.- El criterio que sustentamos es, por otra parte, el mayoritario en los tribunales.

En esta Audiencia Provincial de Madrid pueden citarse las sentencias de las Secciones undécima, duodécima, decimoctava y vigésima, respectivamente de fechas 29 de junio de 2018 , 17 de abril de 2018 , 21 de mayo de 2018 y 6 de marzo de 2018 , y el auto de la Sección decimocuarta de 13 de septiembre de 2018.

Fuera de la Audiencia Provincial de Madrid pueden citarse las sentencias de las Secciones cuarta y decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de enero de 2019 y 8 de noviembre de 2018, respectivamente ; la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de noviembre de 2018 ; la sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Lérida de 3 de mayo de 2018; las sentencias de las secciones sexta y séptima de la Audiencia Provincial de Valencia de fechas 12 de diciembre de 2018 y 16 de febrero de 2018, respectivamente; las sentencias de las Secciones cuarta y sexta de la Audiencia Provincial de Asturias de fechas de 14 de diciembre de 2018 y 18 de enero de 2019, respectivamente ; la sentencia de la

Sección quinta de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de diciembre de 2018 ; la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia provincial de la Coruña de 16 de octubre de 2018 ; la sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra de uno de marzo de 2018 ; y la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 30 de abril de 2018.

Es de señalar la sentencia de la Sección Vigésima de esta Audiencia Provincial de Madrid de fecha 6 de marzo de 2018 cuando declara que: "Siendo de aplicación al caso, la doctrina de la referida sentencia del Tribunal Supremo y en consecuencia, tomando como referencia el tipo de interés normal del dinero, dicha normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada por la entidad bancaria y si bien no puede equipararse con el "interés legal", tampoco puede hacerse con el "interés habitual", que es en realidad lo que se pretende al señalar como término de referencia el tipo de interés medio establecido para las tarjetas de crédito revolving y respecto de esta situación, también señala el Tribunal Supremo, que la habitualidad o reiteración en la aplicación de un tipo de interés desproporcionado no elimina el carácter usurario que pudiera atribuirse al interés fijado en el caso concreto, en cuanto la reiteración no convierte en razonable y normal, prácticas que por sí son reprobables. A la hora de analizar el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, ha de partirse también, como indica el alto tribunal, que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.", así como la sentencia de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de enero de 2019 cuando expresa que : "Como ya dijo esta Sala en sentencia de 14 de diciembre de 2017 la tesis de que tan elevados intereses sólo han de confrontarse con los establecidos por otras entidades en contratos similares no puede prosperar pues aun siendo cierto que en esos ámbitos se establecen intereses de ese orden, esa generalización no es motivo que permita sanar su nulidad. El "interés normal del dinero", al que se refiere la Ley de Usura no es el que fijan esas entidades cuando en nada se corresponde con el que habitualmente se concede a los consumidores para acceder a un crédito personal, que es en lo que se traduce a la postre el uso de estas tarjetas."

En sentido contrario, fijándose como interés normal del dinero en el publicado a efectos estadísticos por el Banco de España para las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas "revolving", pueden citarse las sentencias de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Albacete de 21 de septiembre de 2018, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de junio de 2018 , de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de noviembre de 2018 , de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de junio de 2018 , y de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de julio de 2018.

TERCERO.- Desde lo expuesto, el supuesto de hecho es similar al caso que se analiza en las resoluciones transcritas, así como en la que igualmente nos apoyamos y que se dictó con anterioridad por esta Sala y a cuya data se refiere en el comienzo del fundamento anterior, siendo que para esta Sala fijar un interés remunerativo en estas operaciones de crédito cuya finalidad ya viene a estar claramente constituida en el crédito al consumo en un 24,60%, estando el dinero en el año 2012 fijado en un 9,35%, resulta totalmente desproporcionado a las circunstancias, superando en más del doble el TAE medio, lo que permite la estimación claramente de lo desproporcionado del tipo establecido, y si bien es cierto que en supuestos excepcionales se puede establecer un tipo de interés notablemente superior relacionado con el riesgo de la operación, en este caso, atendiendo a las circunstancias del contratante, no hay prueba del riesgo de la operación, prueba que incumbe al banco, en cuanto que la actora tiene una nómina fija, que no se encuentra en descubierto, que no se haya incluida en morosidad, teniendo la nómina para responder en su caso de los impagos; todo lo cual hace que es más que evidente que tampoco hay datos que justifiquen esa situación anormal, por lo que no se dan datos de la excepcionalidad manifestada por el demandado.

En consecuencia, se estima el recurso y revoca la sentencia estimando la demanda.

CUARTO.- En cuanto a las costas, tanto de primera instancia como del recurso de apelación, en cuanto concurren dudas de derecho ante las posiciones diferentes de las Audiencias Provinciales, no se hace expresa imposición.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Con **estimación** del recurso de apelación interpuesto por D. _____ contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao, de fecha 14 de diciembre de 2018, en autos de procedimiento ordinario 139/18, debemos revocar como revocamos la resolución recurrida y **estimamos la demanda en su integridad**; no se hace expresa imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a _____ el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número _____. Caso de utilizar ambos

recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.