

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente

D./D^a.

Magistrados

D./D^a.

D./D^a. (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 21 de julio de 2.020.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE PUERTO DE LA CRUZ, en los autos núm. 250/2018, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre acción de nulidad de contrato de préstamo y, subsidiariamente, acción de nulidad de condición general de la contratación y promovidos, como demandante, por DON

representado por la Procuradora Doña _____ y dirigido por el Letrado Don Rodrigo Pérez del Villar Cuesta, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), representado por la Procuradora Doña _____ y dirigido por el Letrado Don _____, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrada Doña _____, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez, Doña

Bethencourt, dictó sentencia el día catorce de enero de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « SE ESTIMA sustancialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. [redacted] contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), SE DECLARA la nulidad del contrato de tarjeta de crédito concertado por las partes en fecha de 24 de agosto de 2006, con condena de la demandada a la devolución al actor del saldo que, en su caso, se liquide y se cuantifique a su favor en la fase de ejecución de sentencia, en los términos y conforme a los criterios fijados en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución. Las costas se imponen a la parte demandada.».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día dieciocho de septiembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia apelada, se empieza por examinar la prueba documental aportada por ambas partes con el fin de determinar cual era el TAE que se aplicación al contrato de tarjeta de crédito (modalidad revolving) suscrito entre los litigantes, concluye que fue el del 25/34%, tal y como alega la parte actora en su demanda. La duda surge por que en el contrato original firmado traído al pleito por la entidad prestamista, el TAE es del 24,60%, mientras que en el “duplicado actualizado aportado por el actor, es del referido 25,34%.

Sobre esta base, con apoyo d ella Sentencia del Tribunal supremo de 25 de noviembre de 2.015, concluye la juzgadora, por los motivos que expone en el fundamento de derecho segundo, que el referido interés remuneratorio tiene caracter usurario, con las consecuencias establecidas en el art. 3 de la Ley de Represión de la usura, esto es, que el prestatario estará obligado a devolver a la prestamista exclusivamente la suma recibida, remitiendo a la fase de ejecución de sentencia la concreción de la suma que la demandada debe devolver a la demandante.

SEGUNDO.- Recurre la demandada alegando, en primer lugar, error en la valoración de la prueba en lo referente a la fijación del TAE aplicado, insistiendo en que el mismo era del 24,60%.

Así se viene a admitir por la parte actora al oponerse al recurso: “Según el contrato de 28 de agosto de 2.006, declarado nulo (documento n.º 1 de la contestación) la TAE contractual

asciende a 24,60%”, a lo que añade que “la TAE de las operaciones de crédito al consumo en agosto de 2.006, según la publicación del Banco de España (documento 7 de la demanda) gira en torno al 8,43% y al 9,49%”.

TERCERO.- Partimos pues de un interés remuneratorio del 24,60%, y debemos resolver el asunto conforme a la doctrina sentada recientemente por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, sobre la cuestión litigiosa, se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo del presente año.

En dicha sentencia se hace una referencia a la anterior de 25 de noviembre de 2015, si bien matiza que no fue objeto del recurso resuelto en esta determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del «*interés normal del dinero*» es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España. En esta última sentencia se fijaron los siguientes puntos:

i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en cuanto que elemento esencial del contrato (como precio del servicio), siempre que se cumpla el requisito de la transparencia. ii) 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 LRU, esto es, «que se estipule un *interés notablemente superior al normal del dinero* y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». iii) 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. iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, sin que sea correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero. v) La decisión de considerar como «no excesivo» un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del «interés normal del dinero» (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que *la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»*, y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero». vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo. vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero 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, 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.

A esos criterios añade la nueva sentencia los siguientes: i) *La referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, es el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica.* ii) Aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, en el caso objeto del recurso únicamente se pretende la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario. (iii) Al no estar fijado en nuestro ordenamiento un porcentaje o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos. (iv) El interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving contemplado en la sentencia es algo superior al 20%, mientras que el interés aplicado en el préstamo objeto del caso era del 26,82% (ampliado en el momento de la interposición de la demanda), y este debe considerarse notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que expone a continuación, en concreto:

(i') Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%. (ii') Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes. (iii') Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio. (iv') Como se señaló en la sentencia de 25 de noviembre de 2015, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudados a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones,

añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia.

CUARTO.-A esos criterios fijados en las sentencias del pleno del Tribunal Supremo citadas ha de estarse en este caso para resolver la cuestión que aquí se plantea; en consecuencia debe estimarse en este caso como índice de referencia representativo del “*normal del dinero*” a los efectos del art. 1 de la LRU, el establecido en los índices publicados por el Banco de España para los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas que según la parte demandada gira en torno al 20 %.

En la última de las sentencias del Tribunal Supremo se concluye que, con esa referencia, un interés aplicado del 26,82 % es usurario, pero no fija un canon determinado materializado en un porcentaje o en un dato concreto a partir del cual se deba considerar como usurario el tipo pactado en el contrato objeto del proceso, lo que puede dar lugar a soluciones variadas y no exentas de una cierta discrecionalidad incontrolada con alguna merma para la seguridad jurídica, pues para lo que un tribunal puede ser un interés notoriamente superior en una ponderación de las circunstancias concurrentes, para otra diferente puede merecer una consideración distinta bajo las mismas circunstancias.

En cualquier caso, esa indeterminación es la propia y características de nuestro sistema legal de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la LRU, de manera que la calificación de usurario siempre se encontrará supeditado a un juicio de ponderación judicial en función de las circunstancias concurrentes a las que alude la sentencia del Tribunal Supremo.

En el presente caso y como antes se ha señalado se trata de un interés (TAE) del 24,60 %, que hay que poner en comparación con el del 20% de referencia como índice medio de las operaciones de crédito tipo *revolving*.

Pues bien, se entiende en esta alzada que un tipo de interés que supere en el 20 % al de referencia (como ocurre en este caso, pues ese porcentaje viene representado por cuatro puntos que se superan en este caso) es notablemente superior a este y por tanto hay que considerarlo usurario ya que: (i) el índice de referencia como normal del dinero (20%) es ya de por sí elevado, por lo que el margen de incremento para que no superar el “*normal*” del mismo ha de establecerse en unos límites prudentes, sin que, por tanto, se pueda sobrepasar más de una quinta parte del mismo a partir del cual debe considerarse notablemente superior; (ii) se trata, en este caso, de un préstamo con una cantidad inicial muy inferior a la deuda generada, que solo se ha incrementado en disposiciones de pequeñas cantidades pero que se ha ido amortizando con pagos periódicos durante largo tiempo (el contrato se inició en el año 2010), que permite conferir la calificación de deudor «*cautivo*». El contrato es de 2006

En consecuencia y partiendo de la base de que el interés pactado es usurario, el contrato en el que se funda la reclamación formulada es nulo conforme a lo establecido en el art. 1º de la

LRU, con las consecuencias señaladas en el art. 3º de la misma Ley, es decir, el prestatario estará obligado a entregar tan solo 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. En este caso procede estar a las bases de cálculo expuestas en el fundamento tercero de la sentencia apelada

QUINTO.- 1. Procede, en definitiva, desestimar el recurso interpuesto y confirmar sentencia apelada. Como consecuencia, las costas generadas en esta alzada serán a cargo de la parte apelante

FALLO

Desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia n.º 1 de Puerto de la Cruz en el juicio ordinario seguido al n.º 250/18, confirmando dicha resolución y con imposición a la recurrente de las costas causadas en esta alzada

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.