



SENTENCIA: 00246/2019
AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA
SECCIÓN SEXTA
SANTIAGO DE COMPOSTELA



Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 158/2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.
D.
D.

SENTENCIA

NÚM. 246/19

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 17/2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 158/2019, en los que aparece como parte apelante, **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. _____, asistido por la Abogada D^a _____, y como parte apelada, **D.** _____, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. _____, asistido por la Abogada D^a AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO; siendo la Magistrada Ponente la Ilma. D^a _____, quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 30/1/19, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

“SE ESTIMA la demanda presentada por la Procuradora Sra. en el nombre y representación invocada y, en consecuencia, SE DECLARA LA NULIDAD del contrato de tarjeta “Affinity Card” con n° suscrito el día 19/3/2013, con imposición de costas a la demandada.”

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Santiago de Compostela, de 30 de enero de 2019, declaraba la nulidad del contrato de tarjeta Affinity Card, suscrito el 19 de marzo de 2013 con UNOE BANK, S.A. (ahora BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A.), imponiendo las costas a la parte vencida.

Contra esta resolución recurre en apelación la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. Tras exponer los principales rasgos que presenta el crédito *revolving*, sostiene, en primer lugar, que la resolución de Primera instancia habría incurrido en error en la valoración de la prueba, por cuanto, resumidamente, la cláusula relativa al interés remuneratorio no sería una condición general de la contratación puesto que dicho interés forma parte del precio, habiendo sido objeto de negociación al igual que el capital



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

prestado y el plazo de duración. Además, tampoco no sería correcto emplear la referencia como tipo de interés habitual en el mercado de las tarjetas de crédito *revolving*, el interés medio cobrado por las entidades financieras en los créditos al consumo, sino el tipo de interés para las tarjetas de pago aplazado. En segundo lugar, se discute también por la entidad recurrente cuáles deben ser las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del contrato de tarjeta, por cuanto reclama la devolución de la suma de 434,69 euros, cantidad que quedaría pendiente tras deducir al nominal prestado lo pagado por el demandante por todos los conceptos en aplicación del Artículo 3 de la Ley de represión de la usura.

Consta el escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don _____, interesando el mantenimiento de la decisión adoptada en Primera instancia.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al error en la valoración de la prueba, el recurso se desestima.

I. Tal y como hemos expuesto, en contra de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, niega el apelante tanto el carácter de condición general de la contratación de dicha cláusula, así como el carácter no usurario del tipo de interés contenido.

Como ya se ha destacado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de 2012 (Ponente: F.J. _____, ECLI:ES:TS:2012:5966), la normativa sobre represión de la usura y la de protección de consumidores, resultan de aplicación plenamente compatibles, si bien existen unas diferencias entre ambas opciones. Y la que ahora nos interesa especialmente es aquella referida a las consecuencias derivadas de la gravedad y del control proyectado, por cuanto como se establece en dicha resolución, *"Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control proyectado, la ley de usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (artículos 1 y 3). Frente a ello, la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (...)"*.

Atendiendo a esta dualidad, la sentencia de instancia razona en sus Fundamentos sobre ambas cuestiones, concluyendo de un lado, la abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios



y de otro, y de manera determinante, la nulidad del contrato, a la luz de lo dispuesto en la Ley de represión de la usura, siendo este último, en buena lógica, el pronunciamiento acogido en el Fallo.



II. Siguiendo la disección practicada en la instancia, por lo que se refiere a la abusividad de la cláusula, la recurrente insiste -tal y como se ha avanzado- en que no se trataría de una condición general de la contratación, puesto que la cláusula en la que se incluye el interés remuneratorio, había sido objeto de negociación, al igual que el capital prestado y el plazo de duración. En este sentido la parte habría optado por esa modalidad de reembolso (sistema de pago fijo), estando vigente durante seis años, sin haberse cancelado, e incluso modificando las condiciones pactadas.

Sin embargo, no podemos atender al motivo señalado, por cuanto si bien es cierto que los intereses remuneratorios forman parte del objeto principal del contrato, sí puede ser declarada abusiva la cláusula en la que se contienen si no supera el control de transparencia en los términos manifestados, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (Ponente: R. , ECLI:ES:TS:2015:4810). En esta se señala que "*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 469/2005, 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.*".

Y en el caso enjuiciado, no consta ni ha quedado probado que la solicitud y las condiciones en concreto del tipo de interés fueran debidamente advertidas en el momento de la solicitud. Tan solo consta en el anverso del contrato la cuota fija a pagar (mensual), pero no el tipo de interés que le aplicará



por el aplazamiento, figurando este en el condicionado general, sin resultar especialmente destacado, en letra pequeña y sin que conste, una vez más que se haya advertido en el momento de la firma. Por ello resulta acertada la valoración realizada en la instancia sobre la no superación del control de transparencia, anudándose como consecuencia la declaración de abusividad.

III. Sentado lo anterior, y continuando con el otro argumentado error de valoración en la prueba, en realidad lo que se cuestiona es que se acuda por la Juzgadora como tipo comparativo al tipo medio para los créditos al consumo, por cuanto de lo que debe partirse es de los tipos medios usuales y propios de los créditos mediante tarjeta, particularmente en este caso de los denominados créditos *revolving*. El recurso a uno u otro es especialmente relevante por el impacto que tendrá en la posible aplicación de la Ley de represión de la usura de 1980.

Pues bien, pese a los esfuerzos argumentativos recogidos en el recurso de apelación, no podemos más que confirmar lo sostenido en la instancia. Así, el tipo de interés estipulado en el contrato de la tarjeta, para el supuesto de pago aplazado, cuota fija mensual, con funcionamiento como préstamo, ha de ser considerado usurario, al haberse estipulado en un 20,40% TIN, 22,42% TAE (incrementándose posteriormente al 24,60% TAE). Y ello se nos plantea como derivación lógica de lo sostenido por el Tribunal Supremo hasta la fecha, en su sentencia de 25 de noviembre de 2015, "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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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) nº 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 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".

Pues a la vista de lo señalado, nos encontramos ante una operación de crédito al consumo articulado a través de una tarjeta modalidad revolving. Y no podemos desconocer que, en un caso similar al presente, la SAP de A Coruña, Sección 3ª, de 16 de octubre de 2018 (Ponente:

, ECLI:ES:APC:2018:2402) ya ha incidido sobre la naturaleza de este tipo de tarjetas. "Las tarjetas, bien sean de débito o de crédito, son medios de pago. Su finalidad es sustituir al dinero en metálico a la hora de adquirir bienes o servicios. En la tarjeta de débito el cargo se realiza al momento en la cuenta bancaria de referencia. En las tarjetas de crédito clásicas [tipo Visa o Amex (American Express)] las disposiciones se agrupan, normalmente en períodos mensuales, y se liquidan de forma conjunta mediante un único cargo. Pero, como tales medios de pago, su finalidad no es financiar a medio plazo las compras realizadas. De ahí que suelen tener un tipo de interés anormalmente alto para los supuestos de aplazamientos, con la finalidad de disuadir a quien pretenda utilizarlas con ese propósito.



El contrato suscrito. . ., aunque contiene referencias a la tarjeta, no es un contrato de tarjeta de crédito o débito como medio de pago. Es un contrato de crédito, de financiación al consumo hasta un determinado límite, del que el cliente dispone libremente, y para cuya aplicación se le facilita la tarjeta. Las compras que realiza con esa tarjeta son disposiciones de la línea de crédito. Es un contrato de crédito al consumo. Y que se use una tarjeta para disponer no convierte este contrato en un contrato de tarjeta de crédito típica.

Consecuencia de lo expuesto es que el tipo de interés a tener en consideración no es el aplicable a los aplazamientos en las tarjetas de crédito, sino a los contratos de financiación a consumidores".

Aplicando la doctrina anterior, y en contra de lo pretendido por la recurrente, debemos atender al interés normal del dinero en operaciones de crédito al consumo vigentes, para el caso, a fecha de marzo de 2013. Este, según la información publicada en la página web del Banco de España, era de 9,57% TAE (Tipos de interés activos aplicados por las entidades de crédito en 2013, Crédito al consumo, TAE (tasa media ponderada de todos los plazos). Este dato, en contraste con el tipo previsto en el contrato de 22,42% TAE (incrementado al 24,60% TAE, mismo tipo que el examinado en la resolución de nuestro Alto Tribunal), nos lleva a considerar que se trata efectivamente de un interés notablemente superior al normal del dinero.

Pero como se ha señalado por nuestro Tribunal Supremo, y asumido reiteradamente por nuestra Audiencia Provincial (recientemente, la SAP de 28 de junio de 2019, Sección 6ª, Ponente: , ECLI:ES:APC:2019:1525), no solo es necesaria la existencia de un interés notablemente superior al normal del dinero, sino que también el interés el estipulado debe ser "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso" en los términos ya expuestos. Y en el caso, dado que la normalidad no es necesario probarla, en los términos declarados por nuestro Alto Tribunal, la entidad no ha demostrado que concurren circunstancias excepcionales que puedan justificar un tipo de interés anormalmente alto, relacionadas con el riesgo de la operación. En el caso, el prestatario no iba a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa, de alto riesgo, que justificase que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de ese interés notablemente superior al normal. La entidad argumenta que el hecho de que se optase por el sistema de pago fijo, accediendo



a una financiación rápida y que le permitiese devolver las cantidades libremente dispuestas, e incluso que la tarjeta estuviese vigente a lo largo de 6 años, justifican que no concurra en el supuesto la existencia de "intereses manifiestamente desproporcionados a las circunstancias del caso", por cuanto carecería de sentido acudir a tal financiación y mantenerla durante tanto tiempo.

Sin embargo, en contra de lo pretendido por la recurrente, este Tribunal no considera que las circunstancias manifestadas puedan ser atendidas jurídicamente. Ya hemos señalado con anterioridad la falta de transparencia de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios en el caso concreto, sin que pueda otorgarse relevancia al enjuiciar las circunstancias del caso los actos propios del consumidor. La pasividad imputada al demandante, además de no constituir actos concluyentes de los que se pueda extraer una consecuencia jurídicamente vinculante, no pueden convalidar algo radicalmente nulo, y, menos aún, evitar la sanción legalmente prevista por la contravención de una norma imperativa.

En consecuencia, los intereses remuneratorios enjuiciados, son notablemente superiores al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionados atendiendo a las circunstancias del caso. Por ello, procede la desestimación del recurso en este punto.

TERCERO.- Una vez confirmada la declaración de nulidad del contrato de tarjeta, procede examinar cuáles son los efectos de tal declaración. Sostiene el apelante que procede la devolución de las cantidades que resultan de la liquidación y que equivaldrían a un saldo a su favor de 434,69 euros.

La sanción de nulidad del Artículo 1 de la Ley de represión de la usura es una sanción contemplada, como hemos dicho, en una norma de naturaleza imperativa y, por lo tanto, radical y absoluta, afectando dicha nulidad a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, a cuyo tenor, "*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*".

A la vista de lo preceptuado, y no constando la existencia de reconvencción por parte de la entidad, no puede atenderse a la petición contenida en el recurso de apelación, tal y como se recoge en la sentencia de instancia. La existencia de un



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

hipotético saldo a favor del banco no puede motivar en esta alzada un pronunciamiento de condena.

De nuevo, se desestima el motivo.

CUARTO.- Sobre la condena en costas se argumenta la existencia de "serias dudas de derecho". Sin embargo, consideramos que no procede atender a esta alegación, por cuanto hasta la fecha la posición del Tribunal Supremo es clara y no ha sido objeto de rectificación. Por ello, resulta procedente la condena en costas a la parte apelante, dada la desestimación del recurso de apelación.

Además, se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Santiago de Compostela, de 30 de enero de 2019, confirmándose esta última, con imposición de las costas causadas a la parte apelante, así como con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. Debiendo ingresar, en concepto de depósito para recurrir, la cantidad de 50,00 €, aportando resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones de este Tribunal, aperturada en BANCO SANTANDER nº [redacted] clave de ingreso [redacted] (siendo N y A el nº y año de procedimiento); sin cuyo requisito no será admitido a trámite el recurso.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.