

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Recurso de apelación 869/2020 -A

Parte recurrente/Solicitante: BANCO DE
SANTANDER S.A.
Procurador/a:
Abogado/a:

Parte recurrida:
Procurador/a:
Abogado/a: Martí Solà Yagüe

SENTENCIA Nº 32/2022

Barcelona, 1 de febrero de 2022

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistradas **Doña** , **Doña** y **Doña** , actuando la primera de ellas como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **869/20**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 2 de septiembre de 2019 y auto aclaración de fecha 26 de febrero de 2020 en el procedimiento nº 267/18, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 del Mollet del Vallés en el que es recurrente **BANCO DE SANTANDER S.A.** y apelado **Don** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: “ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la representación procesal de _____, contra BANCO SANTANDER, S.A.

En consecuencia, DECLARO NULO el contrato de crédito revolving BOX GOLD suscrito entre las partes en fecha 29 de enero de 2013 por usuario. Por todo ello, ACUERDO LA RECÍPROCA RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES, de modo que el prestatario estará tan solo obligado a entregar la suma recibida y si hubiere satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. El prestamista devolverá al prestatario los gastos habidos de la formalización de los contratos (incluido el coste de tasación) así como las comisiones pagadas como consecuencia del contrato declarado nulo, más los intereses legales desde el pago.

Las costas causadas se imponen a la entidad demandada”.

El auto de aclaración indicado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho establece en su parte dispositiva lo siguiente: “ **SE ACUERDA:** En atención a lo expuesto, procede subsanar la Sentencia, en el sentido de que tanto en los ANTECEDENTES DE HECHO como en los FUNDAMENTOS DE DERECHO, se hace referencia a que el contrato objeto del presente procedimiento se trata de un préstamo sin garantía inmobiliaria, cuando en realidad el contrato objeto de las actuaciones se trata de un contrato de tarjeta de crédito revolving.”

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente
Doña .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.

Formuló la parte actora, Don , contra la demandada, BANCO SANTANDER S.A., demanda de juicio ordinario en la que solicitaba (1) que se declarase: A) la nulidad del contrato de autos de tarjeta *revolving* suscrito el 29/1/13 por usura; y B) Subsidiariamente, la nulidad por falta de transparencia y/o por abusividad de las cláusulas de interés remuneratorio y composición de pagos del contrato, de variación unilateral de condiciones del contrato y de comisión de impagos; y (2) que se condenase a la demandada a: A) la restitución de los efectos dimanantes del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad sea declarada con devolución recíproca de tales efectos; B) a pagar los intereses del artículo 576.1 de la LEC; y C) al pago de las costas procesales.

La parte demandada contestó a la demanda, oponiéndose y solicitando la desestimación de la misma y la condena en costas a la parte actora.

Opuso la parte demandada la improcedencia de la declaración de usurario del contrato además de la caducidad de la acción, así como la ausencia de abusividad de las cláusulas objeto de la demanda.

Celebrada la correspondiente audiencia previa, y a la vista de que el testigo que se propuso no fue localizado se suspendió el acto de juicio oral, se dio traslado a las partes para que formularan conclusiones por escrito y quedaron los autos conclusos para dictar sentencia, que se dictó por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mollet del Vallés el 2 de septiembre de 2019, estimando la demanda y declarando usurario y nulo el contrato de autos con imposición de costas a la parte demandada.

Rechazó la resolución de primera instancia la excepción de caducidad de la acción por entender que el artículo 1301 del Código Civil que invocaba la demandada solo es de aplicación a las acciones de anulabilidad y no a las de nulidad radical como las ejercitadas en autos. En cuanto a la acción ejercitada con base en la Ley de Represión de la Usura, razonó que para valorar si el interés es notablemente superior al normal del dinero hay que partir de la TAE que es la que permite conocer la carga onerosa que para el acreditado o prestatario supone la operación. En el caso, los intereses remuneratorios pactados fueron de una TAE del 35'38% y para las compras especiales del 27'55%, siendo éste desproporcionado atendiendo a la TAE media de los créditos al consumo en la fecha del contrato (9,43%). De manera que la diferencia entre la TAE impugnada, 35'38% y 27'55%, y el tipo del interés legal del dinero del año del contrato (4%) es del 31,38% y 23,55%, respectivamente, siendo la diferencia injustificada y desproporcionada, todo ello con base en los datos estadísticos oficiales aportados como documento nº 7 a la demanda.

Contra esta sentencia ha formulado la parte demandada recurso de apelación alegando como motivos de apelación, que suponen error en la

aplicación del Derecho y en la valoración de la prueba, los que, de forma sucinta, se exponen a continuación: 1º La referencia que debe utilizarse como “*interés normal del dinero*” a que se refiere el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura no es el tipo de interés de los créditos al consumo, sino el tipo de interés del mismo tipo de operaciones, tarjetas *revolving*, debiendo acudir al Boletín Estadístico del Banco de España que desde marzo de 2017 publica esta información de forma desglosada como sub categoría dentro del crédito al consumo, aunque se publican datos recabados desde junio de 2010, fecha desde la que las tarjetas quedaron fuera de la categoría de los créditos al consumo a 1 año; en esas estadísticas también se recoge el TEDR o tipo efectivo de definición restringida, que es equivalente a la TAE sin incluir comisiones, por lo que en el caso de autos, el tipo de referencia dado que el contrato se celebró el 29/1/13, el tipo de referencia publicado para el juicio comparativo debe ser el TEDR del año 2013, es decir, el 20,68%; 2º El tipo de interés del contrato con el que hay que comparar el TEDR, es el tipo de interés nominal mensual del 2%, es decir, 24 puntos, tal y como consta en las liquidaciones de las operaciones realizadas con la tarjeta y también en el recibo del mes de diciembre aportado como prueba documental por la demandada, por lo que la comparación debería ser entre el 20,68%, TEDR publicado por el Banco de España para el año 2013 con el 24% TIN fijado en el contrato, siendo incorrecto comparar la TAE y la TEDR por tratarse de dos cifras heterogéneas; y 3º El tipo de interés del contrato con una diferencia, respecto del TEDR, del 3.32 puntos no puede considerarse usurario por ser notablemente superior al interés del dinero.

La parte demandante se opuso al recurso.

SEGUNDO.- Contrato de tarjeta *revolving*. Usura.

I. Acerca de las cuestiones objeto de apelación, la sentencia del Tribunal

Supremo de Pleno de 4/3/20 ha dicho lo siguiente:

“1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre, cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos:

...

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 Ley de Represión de la Usura, 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».

iii) 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.

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, 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. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal 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...”.

En la sentencia del Alto Tribunal de 25/11/15, sin embargo, como refiere la de 4/3/20, no fue objeto del recurso 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, ya que en la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas *revolving*), sin que tal cuestión fuera objeto de discusión en el recurso de casación.

A ello se añadía el hecho de que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o *revolving*, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la

comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

En la sentencia de 4/3/20 (en la que se analiza un contrato del año 2012) se da respuesta a estas cuestiones del siguiente modo:

“1.- Para determinar 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, debe utilizarse 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, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como «interés normal del dinero». Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España,

con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

5.- Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados...”.

Las razones por las que el TS entiende que también en el caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, son las siguientes:

“6.- El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. 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%.

...

8.- 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.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado 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.

10.- Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como «interés normal del dinero» de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito....”.

II. En el caso de autos, en el contrato de crédito *revolving* suscrito el 29/1/13 se fijó para pagos aplazados, un interés nominal (TIN) mensual del 2%, es decir, un 24% anual (TAE: 35'38%), y para compras especiales, un interés nominal mensual (TIN) del 1'50%, es decir, un 18% anual (TAE: 27'55%).

El término de comparación que utiliza la resolución de primera instancia, el tipo medio de los créditos al consumo en el año 2013, fecha del contrato (9,43%), o el tipo del interés legal del dinero del año del contrato (4%), no es el correcto.

Dice la parte recurrente que hay que comparar el tipo medio del mercado publicado, que es el TEDR (tipo medio de definición restringida), con un tipo homogéneo en el contrato, que sería el 24% y el 18%, que se corresponde con el TIN del contrato. Pues bien, en primer lugar esta alegación es extemporánea a no haber sido formulada en la contestación a la demanda motivo por el cual no puede tomarse en consideración so pena de provocar en la parte contraria una situación de indefensión. En segundo lugar, lo correcto es realizar el análisis con el tipo de interés fijado en el contrato que realmente representa (según dispone el art. 315 del Código de Comercio) “*la prestación pactada a favor del acreedor*”, y ese porcentaje, como resulta de las sentencias del Alto Tribunal más arriba comentadas “*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*” y ello con independencia de los porcentajes que haya podido aplicar la entidad bancaria. Y realizar la

comparación con el denominado interés “*normal del dinero*” para cuya determinación se debe 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.

En efecto, en la página *web* del Banco de España, en el “*Portal del Cliente Bancario*” (en el apartado referido a “*Tipos de interés aplicados por las entidades de crédito*”, sub apartado “*Tabla de tipos de interés, activos y pasivos, aplicados por entidades*”), donde se publicitan los tipos de interés aplicados por entidades de crédito, sólo aparecen desglosados dentro del apartado “*Crédito al consumo*”, los tipos de interés referidos a tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* a partir del año 2.018 (este año incluido). Con anterioridad, es decir, desde 2.017 hacia atrás, sólo se publicitan los tipos de interés referidos a créditos al consumo sin desglosar las tarjetas de crédito y tarjetas *revolving*.

Para períodos anteriores al año 2018 hay que acudir al Boletín Estadístico del Banco de España, en cuyo Capítulo 19.4, dentro del cuadro referido al “*Crédito al consumo*”, incluye un sub apartado dedicado a “*Tarjetas de crédito y Tarjetas revolving*”. Dicho Boletín, sin embargo, solo recoge datos desde el año 2.010. Con anterioridad a esta fecha (y hasta junio de 2.010), según el cuadro referido, los tipos referidos a tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* se incluían en el crédito al consumo hasta un año. (llamada “b” en el apartado “*Tarjetas de crédito y Tarjetas revolving*”).

Según ese cuadro, el tipo medio de interés de las tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* en el año 2013 era el 20,68%. Si comparamos este tipo con los pactados en el contrato de autos para pagos aplazados (TAE: 35,38%), y para compras especiales (TAE: 27,55%), estos deben considerarse notablemente superiores al normal del dinero.

Por todo lo cual, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución de primera instancia.

TERCERO.- Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar en costas a la parte apelante.

FALLO

EL TRIBUNAL ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO SANTANDER S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mollet del Vallés el 2 de septiembre de 2019, en los autos de que el presente rollo dimana, la cual confirmamos íntegramente, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.