

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3
BURGOS**

SENTENCIA: 00392/2022

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000382 /2022
Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A.INSTANCIA N.5 de BURGOS
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000744 /2021

Recurrente: BANCO SANTANDER SA
Procurador:
Abogado:
Recurrido:
Procurador:
Abogado: DANIEL GONZALEZ NAVARRO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D.** , Presidente, **D^a** y **D.** , ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 392

En BURGOS, a dieciocho de octubre de dos mil veintidós

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000744 /2021, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.5 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000382 /2022**, contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2022, en los que aparece como **parte apelante, BANCO SANTANDER SA**, representado por la Procuradora de los tribunales, **D^a**. **PISON**, asistido por el Abogado **D.** , y como **parte apelada,** , representado por el Procurador de los tribunales, **D.** , asistido por el Abogado **D. DANIEL GONZALEZ NAVARRO**, sobre nulidad contrato tarjeta de crédito, siendo la **Magistrada Ponente la Ilma. Sra. DOÑA** que expresa el parecer de la sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente fallo: “Que estimando la demanda interpuesta por DON [redacted], representado por el Procurador DON [redacted], contra BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora DOÑA [redacted], debo: Declarar y declaro la nulidad por usura de la relación contractual objeto de esta demanda, condenando a la demandada a devolver al actor la cantidad pagada por este, por todos los conceptos, que haya excedido del total del capital efectivamente prestado o dispuesto, más los intereses legales desde la reclamación judicial. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de BANCO SANTANDER, S.A. se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 11 de octubre de 2022, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por [redacted] contra BANCO SANTANDER SA en la que ejercita en forma principal acción de nulidad por usuario del crédito mediante “ TARJETA VISA CLASSIC” ,suscrito el 1 de febrero de 2011, por considerar que el interés remuneratorio pactado del 26,82 % es usuario conforme a la Ley de usura de 23 de julio de 1908 y condena al banco demandado a devolver al actor la cantidad pagada ,por todos los conceptos,

que hay excedido del total del capital efectivamente prestado o dispuesto, más los intereses legales desde la reclamación judicial y las costas procesales.

Por el banco se interpone recurso de apelación alegando la prescripción de la acción de restitución de cada pago que exceda del principal en aplicación de la declaración de nulidad por usura, pues se aduce que tal acción si está sujeta a plazo de prescripción, que sería la prescripción ordinaria del artículo 1964 CC, que debe computarse desde que se abonaron los intereses por el prestatario y subsidiariamente desde la publicación de las STS 628/2015 de 25 de noviembre (cuando trascendió por primera vez el tema de las tarjetas de crédito revolving) hasta la reclamación judicial, por lo que habría transcurrido el plazo de prescripción.

SEGUNDO.- El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Wizink Bank al demandado conlleva su nulidad (artículo 1 y 3 de la Ley de Represión del usurario de 23 de julio de 1908), nulidad que ha sido calificada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 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 y 628/2015 de 25 de noviembre.

La devolución de los intereses de un préstamo declarado usurario tampoco prescribe porque es un efecto directo y ex lege de la propia nulidad (artículo 1303 CC y artículo 3 de la Ley de usura de 1908), no pudiendo estar sometida la restitución de los intereses pagados a un plazo de prescripción cuando la acción para declarar la nulidad por usura es una acción imprescriptible, dado que admitir un plazo de prescripción específico para la restitución de los intereses cobrados supondría un fraude de ley y dejar sin efecto o vacía de contenido la norma legal que impone tal restitución.

La parte apelante confunde en el recurso la prescripción de la acción de restitución de lo pagado en virtud de una cláusula de imputación de gastos al prestatario con la devolución de unos intereses usuarios. Pero es que la primera sí es una acción diferente de la propia acción de nulidad de la cláusula por abusiva porque, como hemos dicho en otras ocasiones, la acción de devolución de los gastos se ejercita contra el banco, que no es el que los ha cobrado, aunque haya dado lugar a ello. La responsabilidad del banco en la devolución de los gastos de un préstamo no nace de la misma forma que la devolución de lo pagado en virtud de una cláusula suelo, o de una condena por usura. En estos dos casos no es necesario ni tan siquiera condenar expresamente a la devolución de lo pagado indebidamente, porque en ambos casos la devolución es una consecuencia directa de la nulidad. De existir algún plazo de prescripción, que ya sería más bien de caducidad, existiría el

de ejecución de la sentencia que condenara a la devolución de los intereses, y que comenzaría a contar desde la declaración de nulidad.

Ante tal confusión que adolece el recurso, huelga cualquier comentario a la referencia que hace el escrito de interposición del recurso al ATS de 21 de julio de 2021 en el que el Alto Tribunal plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre el dies a quo de la prescripción de la acción de reintegro de los gastos abonados indebidamente al ser declarada la nulidad de la cláusula por abusiva.

TERCERO.- El segundo motivo sostiene que la pretensión ejercitada de adverso, nulidad por usura, exige la aportación de la documentación donde consta el clausulado, aportación que corre de cuenta de quien demanda y su no aportación solo puede perjudicar a la parte demandante (artículo 217 LEC).

Para determinar si hay usura no es imprescindible presentar el contrato basta con que el demandante sepa el tipo de interés aplicable en atención a los extractos de cargos que se le remiten periódicamente. Por otra parte el banco tiene la obligación de conservar el documento contractual y aportar copia del mismo al contratante que así se lo solicite, lo que no ha cumplido tanto extrajudicialmente ante los requerimientos de la parte actora como en el juicio por lo que dicha negativa ha de reputarse desleal y contraria a la buena fe contractual.

Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad para su aportación o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente (sentencia 702/2021, 18 de octubre). Y cabe apreciar que el banco gozaba de mayor facilidad probatoria pues es parte en el contrato de tarjeta de crédito que sigue vigente, por lo que hubiera bastado la aportación de una copia para dejar acreditada, que en el contrato de préstamo no se pactó un interés remuneratorio usuario(STS 449/2022, 31 de mayo); interés del 26,82 % que la sentencia apelada considera usurario, calificación que al no ser impugnada por la parte demandada, consideramos acertada conforme a la STS 149/2020 de 4 de marzo.

CUARTO.- En el último motivo se solicita que la Sala se pronuncie sobre la acción subsidiaria ejercitada en la demanda relativa a la nulidad por abusivas de las cláusulas del contrato por falta de incorporación y transparencia.

Como también hace la sentencia, consideramos que es innecesario tal pronunciamiento subsidiario de la demanda dado que la acción principal ejercitada en ella, nulidad del contrato por usura, ha sido estimada íntegramente.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación , las costas procesales devengadas en esta alzada se imponen a la parte apelante (artículo 398.1 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. , en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A. contra la sentencia 81/2922 de fecha 9 de mayo de 2022 del JPI nº 5 de Burgos el juicio ordinario 744/2021 procede su confirmación con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.