



Roj: **SAP O 2224/2018 - ECLI: ES:APO:2018:2224**

Id Cendoj: **33044370052018100267**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **333/2018**

Nº de Resolución: **276/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00276/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000333/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a seis de Julio de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 178/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **333/18**, entre partes, como apelante y demandada **WIZINK BANK, S.A.**, representada por el Procurador Don Joaquín María Jáñez Ramos y bajo la dirección de la Letrado Doña María José Cosmea Rodríguez, y como apelado y demandante **DON Prudencio**, representado por la Procuradora Doña Margarita Roza Mier y bajo la dirección del Letrado Don Diego Cueva Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha diecisiete de abril de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Roza Mier, en la representación de autos, contra Wizink Bank, SA, debo declarar y declaro la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito celebrado por ambas partes con fecha 24 de septiembre de dos mil trece, estando obligado el acreditado a entregar tan solo la suma recibida, y, en consecuencia, condeno a la demandada a abonar al actor todas las cantidades que hubiera aplicado en exceso del capital prestado, más el interés legal, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Wizink Bank, S.A, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia acogió la demanda formulada por Don Prudencio frente a Wizink Bank, S.A. y declaró la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito suscrito, condenando a la entidad bancaria a reintegrar al actor la cantidad abonada por el mismo en lo que excediere del total del capital prestado, y por todos los conceptos percibidos, quedando aquél obligado tan sólo a la entrega de lo recibido. Dicha nulidad fue declarada en virtud del carácter usurario de los intereses pactados, superiores al 24%.

Frente a tal resolución se ha alzado la demandada.

Señala la recurrente que tales intereses no resultan superiores al normal del dinero como exige dicha legislación, dado que no son las estadísticas de los préstamos al consumo las que han de considerarse, sino las específicas del producto en cuestión en la presente litis, ya que se trata de dos productos financieros diferentes, y que estarían dentro de los normales entre los que se pactan por las entidades de crédito, con cita de diversas resoluciones. Por otro lado, afirma que en la recurrida se ha vulnerado el art. 219 de la LEC, ya que la actora no había fijado la cuantía de lo reclamado ni señalado las bases para su determinación, ni las mismas se habían determinado en el juicio.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión que se suscita en la alzada, esto es, la nulidad por razón de la usura de los intereses, ha sido resuelta en varias ocasiones por esta misma Sala, la primera de ellas por auto de 28-4-2016, en la que se transcribió la sentencia del TS de 25-11-2015, y por citar las más recientes, en las sentencias de 24-10-2017 y la de 12-12-2017 y 9-1-2018 se señaló lo siguiente:

*" 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) 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 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.

El carácter usurario del crédito 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. 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. ".

Finalmente, la sentencia de 10-7-2017 de esta Sala reiteró este criterio, profundizando en los motivos en aquel caso alegados y que pretendían justificar el alza de los tipos de interés.

En esta resolución se señaló: "El verdadero centro de la cuestión, no es otro que cuál debe de ser el precio o interés normal del dinero a tomar por referencia para decidir sobre el carácter usurario o no del litigioso, si el habitual en el mercado para ese concreto producto o forma de financiación o es posible y debido considerar otro distinto, cual serían los préstamos a la financiación de 1 a 5 años, como hace el actor.

La STS de 25-11-2015 se decantó por lo segundo, su criterio es el seguido por la sentencia recurrida y también por esta Sala (sentencias de fecha 7-10-2016, 7-4 y 23-5-2017) y por otras muchas de nuestras Audiencias (SAP Pontevedra, Sección 6ª, de fecha 27-10-2016, Salamanca, Sección 1ª, de fecha 18-3-2016, Barcelona, Sección 14ª, de fecha 29- 12-2015, Jaén, Sección 1ª, de fecha 17-2-2016, Guipúzcoa, Sección 2ª, de fecha 15-2-2016, Madrid, Sección 20ª, de fecha 20-2-2017, Badajoz, Sección 3ª, de fecha 15-2-2017, Murcia, Sección 1ª, de fecha 24-10-2016 y Lérida, Sección 2ª, de fecha 2-5-2016....).

El art. 1 de la Ley de Represión de Usura declara usurario y, por tanto, 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; se trata, por tanto, de un supuesto de usura que, como explica la precitada STS de 25-11-2015, requiere de la concurrencia de dos circunstancias, por un lado, el pacto de un interés notablemente superior al normal del dinero; y de otro, que dicho pacto no venga justificado por las circunstancias del caso.

En la contestación a la demanda el recurrente justifica que el interés remuneratorio normalmente aplicado a la financiación mediante tarjeta de crédito en la facilidad o disponibilidad del cliente del crédito, lo que determina un mayor riesgo, remitiéndose a las consideraciones del informe técnico acompañado con la contestación.

Dicho informe (folios 69 y sigts.) justifica el interés remuneratorio más elevado para los contratos de tarjeta de crédito en relación a los préstamos al consumo en la concurrencia de diversos elementos económicos diferenciadores (finalidad económica, mecanismos de concesión, formalización y funcionamiento, importe y plazo) que determinan un mayor riesgo en el crédito inherente al contrato de tarjeta de crédito con respecto al simple contrato de préstamo al consumo, que explicaría su interés remuneratorio notablemente más elevado con respecto al segundo (folio 81). Es decir, que no se considera el medio de financiación mediante tarjeta de crédito como un género distinto de los contratos a la financiación para el consumo, sino como una especie de aquéllos en que el interés remuneratorio más elevado se justifica por el riesgo inherente a su configuración, es decir y por tanto, en razón del segundo de los requisitos establecidos por la Ley de Usura, a saber, las circunstancias concurrentes; a ellas se refiere el predicho informe pericial y como primera indica la distinta finalidad de la financiación, identificando la del contrato de préstamo al consumo con la adquisición de bienes duraderos o de servicios pactados de amortización en un plazo largo, mientras que la tarjeta de crédito permitiría cubrir necesidades de financiación a corto plazo, distinción que se aprecia carente de solidez por lo difuso de la línea delimitadora que defiende respecto de la finalidad de uno y otro modo de financiación (la adquisición de bienes duraderos también puede hacerse mediante tarjeta de crédito, depende de lo que se entienda por durabilidad, el precio del bien y cual sea el límite de disposición de la tarjeta).

El mecanismo de concesión (segundo de los factores diferenciadores apuntados) se vincula al estudio individualizado del perfil de riesgo del potencial prestatario, más concienzudo en la concesión de un préstamo al consumo que mediante tarjeta de crédito, sin embargo, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, siguiendo la línea marcada por la Ley 2/2011, de 14 de marzo, de Economía Sostenible, establece la obligación



del prestamista, antes de celebrar el contrato de crédito, de evaluar la solvencia del consumidor (art. 14) y en el mismo sentido se manifiesta el art. 18 de la O.M.H de 28 de octubre del año 2011 para "cualquier contrato de crédito o préstamo".

En cuanto a su funcionamiento, se resalta la diferencia entre negocio simple de préstamo o mutuo y de concesión de crédito (en que la suma del capital del crédito no se entrega sino que se pone a disposición del cliente o consumidor), aspecto que tampoco consideramos relevante como elemento efectivamente diferenciador, que si lo es a nivel negocial no se aprecia en cuanto al riesgo, pues éste se vincula a la solvencia del prestatario, es decir, a la futura devolución por el prestatario, consumidor o cliente del capital efectivamente dispuesto, lo que nos devuelve a la anterior consideración sobre el deber del concedente del crédito de evaluar la solvencia del destinatario del crédito.

Adicionalmente se añade rasgo como diferenciador que justifica un mayor riesgo y, por ende, un interés remuneratorio más elevado el que en el préstamo al consumo se pacta un calendario de amortización, mientras que en una tarjeta de crédito el cliente tiene total libertad para determinar las cantidades a devolver. Esto no es exactamente así, depende de lo pactado, y al respecto la experiencia demuestra que los criterios de devolución son muy diversos (pago de una cantidad fija mensual, de un tanto porcentual sobre lo dispuesto, de todo lo dispuesto al final de mes...), pero no que quede a la sola libertad del titular de la tarjeta la forma y plazos de devolución de lo dispuesto.

Otro elemento diferenciador, según el informe pericial que se examina, es el importe del capital, mucho más elevado en los contratos de préstamos al consumo que en el caso de las de crédito, lo que es o puede ser así, pero que no explica la diferencia del interés aplicado en uno y otro caso.

Para acabar, se indica como elemento diferenciador el distinto plazo de amortización, superior en el caso del préstamo al consumo por la necesidad de acomodar el importe de la cuota a la capacidad del prestatario, lo que nos devuelve a lo expuesto sobre el deber del concedente del crédito de evaluar la solvencia del titular de la tarjeta al contratar y, cabalmente, después en cada prórroga o renovación de la tarjeta.

Concluyendo, siendo cierto que la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, en su anejo 1, recoge como supuesto distinto (dentro de los préstamos sujetos a la L.Cr.C.) los préstamos o créditos facilitados mediante tarjeta de crédito hasta 6.000 y 4.000 €, también lo es que, desde la consideración y aplicación de la Ley de Represión de la Usura, la práctica habitual disponiendo un interés remuneratorio muy superior a otros medios de financiación no puede servir de sustento y justificación bastante, sino que, a partir de la constatación de que ese interés es notablemente superior al normal en la financiación del consumo, para soslayar la reprobación de aquella Norma y sus efectos debería acreditarse la concurrencia de una especial circunstancia que los justifique.

En este caso esa circunstancia que se invoca no se asocia al prestatario, financiado, cliente o consumidor sino al propio producto, concebido y reglamentado por el propio concedente del crédito en razón a un riesgo (la no devolución o amortización del crédito) no suficientemente acreditado (desde la consideración individual de cada titular de tarjeta) y que, por ende, conlleva el efecto de que el interés remuneratorio pierda su función (desvelando así también su abusividad) en cuanto, junto a su función retributiva, asocia otra socializadora del riesgo entre los titulares de la tarjeta de crédito (según así pone en evidencia el TS en el apartado 5 de su F.D. 3 de su sentencia citada de 25-11- 2.015), de forma que, considerando individualmente cada titular de la tarjeta, el interés que se aplica a su capital dispuesto no retribuye esa suma sino, indirectamente, la de otros titulares o disponentes con los que no guarda relación".

Las consideraciones expuestas en dicha resolución resultan plenamente aplicables al caso de autos, sin que parezcan tampoco relevantes otras alegaciones que también se exponen en arar a justificar el elevado tipo de interés, como los casos de fraude en el uso de las tarjetas, o la no intervención de fedatario público. " .

Así las cosas, salta a la vista que el interés en cuestión es muy superior al normal que, en efecto, no se refiere al interés legal, sino al que, como señala la demanda, viene fijado en las estadísticas publicadas, sin que la demandada haya aportado la mínima justificación del motivo de la imposición de tan alto precio o remuneración del dinero.

TERCERO.- Puede, pues, concluirse que resulta un interés usurario y por ende nulo conforme al art. 1 de la Ley de Represión de la Usura de 24-7-1908 , disponiendo su art. 3 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.

CUARTO.- Respecto al motivo referente a la **infracción** del art. 219 de la LEC , también sobre esto se ha pronunciado esta Sala en su sentencia de 17-3-2016 , que transcribe la ya referida de 9-1-2018 , declarando: " Acusa la parte recurrente a la sentencia de **infracción** del art. 219 de la LEC , habida cuenta que en modo alguno



se ha solicitado la reserva a ejecución de sentencia de la liquidación, ni se ha establecido el importe exacto de la cantidad a abonar, ni se han fijado con claridad y precisión las bases para la liquidación. La sentencia de 10 de diciembre de 2015, con cita de la sentencia de 17 de abril de 2015, rec. 728 de 2014, declaró: " Esta Sala en la STS del Pleno de 16 de enero de 2012, RIC núm. 460/2008, que reiteran las de 28 de junio, 11 de julio y 24 de octubre de 2012, 9 de enero y 28 de noviembre 2013, ha declarado -en interpretación de los artículos 209.4.º LEC y 219 LEC - que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, **defensa** de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes.

No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso».

En el presente caso, si bien no se procedió a una cuantificación específica, no es menos cierto que la alusión en el suplico de la demanda al abono de la cantidad que excediere del capital prestado y lo demás expresado a continuación en el mismo implica una base suficiente para diferirlo a la fase ejecutoria, donde existirán instrumentos idóneos para su determinación.

QUINTO.- Respecto a las costas, lo cierto es que el criterio señalado en la presente resolución ha venido siendo seguido por este Tribunal de forma reiterada, así como por las diversas Salas de esta Audiencia. Procede, dado el rechazo del recurso, su imposición a la parte que lo ha promovido.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Wizink Bank, S.A. contra la sentencia dictada en fecha diecisiete de abril de dos mil dieciocho por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por **infracción** procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.