



Roj: **SAP PO 491/2020 - ECLI: ES:APPO:2020:491**

Id Cendoj: **36038370012020100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2020**

Nº de Recurso: **948/2019**

Nº de Resolución: **174/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA**

*SENTENCIA: 00174/2020*

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

**Teléfono:** 986805108 **Fax:** 986803962

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: CA

**N.I.G.** 36057 42 1 2019 0000280

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000948 /2019**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000025 /2019

Recurrente: BANKINTER CONSUMER FINANCE

Procurador: MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ

Abogado: JUAN MANUEL RODRIGUEZ CARCAMO

Recurrido: Marcial

Procurador: FELIX HOMBRIA GESTOSO

Abogado: RUI PAULO LEITE RODRIGUES

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**

**D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM. 174/20**

En Pontevedra, a veintisiete de abril de dos mil veinte.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000025 /2019, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000948 /2019, en los que aparece como parte *apelante* **BANKINTER CONSUMER FINANCE**, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, asistido por el Abogado D. JUAN MANUEL RODRIGUEZ CARCAMO, y como parte *apelada* **D. Marcial**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FELIX HOMBRIA GESTOSO, asistido por el Abogado D. RUI PAULO LEITE RODRIGUES, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo, con fecha 19-9-2019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"

Estimando en su integridad la demanda promovida por la representación de **Marcial** contra **Bankinter Consumer Finance EFC**, debo declarar y declaro la nulidad por **usura** del contrato de Tarjeta Siempre **Bankinter** concertado entre las partes; y condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad de 1.873'12 euros, más intereses legales desde la interposición de la demanda.

Se impone a la demandada el pago de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por **BANKINTER CONSUMER FINANCE** se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En virtud del precedente Recurso, por **Bankinter Consumer Finance EFC, SA** se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 25/19 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vigo, que desestimó la demandada relativa a la reclamación del importe que se le adeuda por el uso de una "tarjeta **revolving**" (modelo crédito de pago aplazado) que fue contratada el 15 de noviembre de 2011 por el demandado en su entidad.

Se fundamenta para ello en que el cliente podía optar por un sistema de pago aplazado al 2,5% de interés por el saldo dispuesto o bien el pago total a fin de mes, por defecto el sistema era el primero. El tipo de interés en pago aplazado era del 1,25% nominal mensual y 15% nominal anual para compra en comercio y en retirada de efectivo a crédito, servicio **Credimax**, del 24,90% TAE (1,87% nominal mensual, 22,44 nominal anual). La STS de 25 de noviembre de 2015 contemplaba como usurarios los intereses de una tarjeta suscrita en 2001, no en 2011, debiendo compararse el tipo de interés con el medio de las tarjetas de crédito de pago aplazado que no de préstamo al consumo porque no es un crédito ni un préstamo al consumo.

En la tesis de la entidad recurrente la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre, entendió en que para determinar si el interés tildado de usurario es o no notablemente superior al normal del dinero hay que atender a los tipos medios de interés de cada modalidad de crédito. Hay que utilizar los elementos de comparación propios del segmento del mercado de que se trate en cada caso, homogéneos con la operación de crédito enjuiciada en cada caso; por ello considera las tarjetas de pago aplazado y **revolving** como una categoría de crédito con autonomía y sustantividad propia dentro del crédito al consumo en general. Su singularidad determina que exista un mercado relevante para las tarjetas de crédito que tiene carácter diferenciado del resto de las modalidades de crédito al consumo. Desde el año 2017, el Banco de España publica datos estadísticos específicos del mercado de las tarjetas de crédito de pago aplazado y **revolving** que permiten identificar el interés normal del dinero en ese mercado específico y, en definitiva, el término de comparación relevante en el juicio de **usura** para poder realizar una comparación adecuada entre los tipos de interés.

Añade que el tipo de interés normal del dinero en este concreto tipo de producto es del 20,45% de tal manera que el aplicado al caso del 15% o 16,08 % TAE no es usurario.

Finalmente solicita que se aplique el art. 3 de la Ley de **Usura** y se establezca que el prestatario ha de devolver la cantidad debida.



A dicha pretensión se opone D. Marcial alegando que el contrato se aceptó por teléfono y le dijeron que los intereses serían más o menos como en un préstamo personal, juzgando sus condiciones verbales bastante ventajosas. Nunca le mandaron el contrato ni las cláusulas del mismo. La tarjeta de crédito en la modalidad de pago flexible le permite devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas, el crédito se renueva y es rotativo, sobre el capital dispuesto se aplica el interés pactado cuyo TAE pasan desapercibidos. La STS de 2015 consideró usuario el interés del 24,6% y son una modalidad de crédito al consumo, que debe ser el módulo comparativo del tipo de interés aplicado. El tipo de interés pactado era del 16,08% TAE por compras en comercios y del 24,94% por extracción en efectivo cuando el tipo de interés en préstamos personales rondaba el 7 u 8%.

En cuanto a la falta de aplicación del art. 3 de la Ley de 1908, se introduce por primera vez en el debate, y por lo demás se ha infringido el respeto a la normativa de consumo. Solicitaba la devolución de 1428,41 € con sus intereses y la declaración de nulidad del contrato conforme a la ley de la **Usura**, conforme al derecho de consumo y de condiciones generales, declarando también su nulidad y restitución de cantidades recíprocamente.

**SEGUNDO.**- Aunque gran parte del motivo del recurso por parte de la entidad se funda en los criterios sentados por la STS de 25 de noviembre de 2015, en el momento de dictar esta Sentencia deberemos completarlos con la específica y actual STS 149/2020, de 4 de marzo, sigue la doctrina que ya fijó el Alto Tribunal en aquella, al aplicar la normativa sobre **usura** para resolver las cuestiones derivadas de una tarjeta **revolving**, aplicando la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

En su recurso, Bankinter Finance, sostuvo que los intereses remuneratorios pactados, en la modalidad de pago aplazado, con un tipo nominal anual inicial del 22,44%, TAE 24,90%, no podían ser considerados usurarios puesto que no eran notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito **revolving**, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo de créditos.

El crédito **revolving** es un tipo del crédito al consumo (con o sin tarjeta de crédito), cuyas características le conceden entidad y autonomía propia, constituye un mercado independiente frente a la financiación al consumo tradicional. La Circular 1/10, de 27 de enero del Banco de España contempla nuevas operaciones de crédito, concediendo trato independiente y especializado a las operaciones de crédito mediante tarjeta de crédito y **revolving**, con elaboración de estadística separada.

Se caracteriza esencialmente en que el cliente puede hacer uso de las disposiciones cuando quiera y por los importes que quiera, dentro de los límites contratados, pagando aplazadamente su devolución, oscilando la TAE media en el mercado español, de este tipo de contratos de crédito al consumo, en un 20%.

Nos hallamos ante un mercado propio y específico y en el que la tarjeta **revolving** es uno de los productos más ofertados por las entidades financieras, que el TS aborda desde la perspectiva de la **Usura**, sin perjuicio de acudir al control de transparencia en este tipo de contratos.

En la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del pleno del tribunal 628/2015, de 25 de noviembre, según nos recuerda en *la de 26 de febrero pasado* cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos:

i) 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. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

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 acudirse



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.

v) La decisión de la Audiencia Provincial 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.

Insiste el Alto Tribunal en que *"no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia 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 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), (...) Tan solo se afirmó que para establecer lo que se considera «interés normal» procede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España sobre los tipos de interés que las entidades de crédito aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas."*

También clarifica que en aquel supuesto de 2015, 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 esta tesitura la sentencia aclara y nos da las pautas de lo que debe entenderse por "interés normal del dinero" indicando que:

*" 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."

**TERCERO.**-Pues bien en el caso que nos ocupa tiene razón la apelante cuando afirma que no es sino el índice medio de referencia a tomar en cuenta para examinar si el interés es superior al normal del dinero, el de los créditos al consumo, sino el específico de este tipo de tarjetas, y a falta de regulación legal sobre un tipo concreto, el tribunal ha de 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.

La sentencia de Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo era algo superior al 20%, el interés aplicado por Bankinter Finance al crédito mediante tarjeta **revolving** concedido al demandante, que era del 22,44%, 24,90% TAE (pero que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

En la STS de 26 de febrero se razonaba que:

"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%.

7.- 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.

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.

En el supuesto que objeto de análisis se pactó que para el caso de extracción en efectivo el tipo de interés que TAE del 24,90%, que en la práctica según el informe pericial que acompaña el actor a los folios 74 y 75 se constata que realizado un estudio sobre los 129 movimientos de la tarjeta confirma que la TAE resultante ha sido del **26,72%**, cuando en los años 2015 y 2016 se hallaba en torno al 20 y 21%, (una media del 20,45% dice la entidad apelante) se constata que efectivamente el tipo de interés aplicado a este préstamo es notablemente superior al normal del dinero, puede considerarse usurario y con ello declarar la nulidad del mismo, lo que conlleva la confirmación de la resolución a quo.

**CUARTO.** - Por último, también se cuestiona por la apelante las consecuencias del art. 3 en la aplicación la Ley de represión de la **Usura**, el cual establece 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."*

Argum enta la recurrente que este precepto salvaguarda que el cliente pueda obtener un enriquecimiento injusto a costa de un empobrecimiento por su parte, que se traduciría en que el cliente, una vez declarado nulo el contrato habría obtenido *una financiación gratis a costa de mi representado*.

Es verdad que el prestatario estará obligado a entregar solo la suma percibida sin intereses a raíz de la declaración de nulidad, que nada se dice en la sentencia sobre la obligación de restituir a la entidad todas aquellas cuantías dispuestas por el Sr. Marcial como consecuencia del contrato, lo que por otra parte no fue objeto de debate en los autos.

Es la STS de 25 de noviembre de 2015 la que en tal supuesto ya establece en orden a las " Consecuencias del carácter usurario del crédito" las siguientes:

*"1.- El carácter usurario del crédito "revolving" concedido por Banco Sygma al demandado 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 .*

*2.- 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.*

*En el caso objeto del recurso, el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda ha de ser completamente desestimada.*

*La falta de formulación de reconvencción impide aplicar la previsión de la segunda parte del precepto, según el cual, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado."*

Y en nuestro caso, no habiéndose formulado reconvencción por la Entidad ahora recurrente, reclamando las cantidades -que, por otra parte, no acredita de ninguna manera en el curso del pleito como debidas por el actor- se impone la desestimación también de este motivo de recurso.

**QUINTO.** - En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

## FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por Bankinter Consumer Finance EFC, SA representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Victoria Soñora Álvarez contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario n<sup>o</sup> 25/19 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 1 de Vigo, la debemos confirmar y confirmamos con imposición de las costas a la apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, Presidente; D. Francisco Javier Valdés Garrido; D<sup>a</sup> María Begoña Rodríguez González, ponente y; D. Jacinto José Pérez Benítez.