



Roj: **SAP O 56/2022 - ECLI:ES:APO:2022:56**

Id Cendoj: **33024370072022100004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **13/01/2022**

Nº de Recurso: **371/2021**

Nº de Resolución: **10/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Gijón, núm. 4, 05-03-2021 (proc. 289/2020),
SAP O 56/2022**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00010/2022

Modelo: N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MLG

N.I.G. 33024 42 1 2020 0003207

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000371 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000289 /2020

Recurrente: Nicanor

Procurador: CRISTINA ARECES SUAREZ

Abogado: PALOMA GONZALEZ LLORENTE

Recurrido: COFIDIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: ABEL CELEMIN LARROQUE

Abogado: MARTA ALEMANY CASTELL

SENTENCIA Nº 9/22

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

DON RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

DOÑA MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ

DON JOSE MANUEL TERAN LOPEZ



En GIJON, a trece de enero de dos mil veintidós.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000289 /2020, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000371 /2021, en los que aparece como parte apelante, DON Nicanor , representado por el Procurador de los tribunales, D^a CRISTINA ARECES SUAREZ, asistido por el Abogado D^a PALOMA GONZALEZ LLORENTE, y como parte apelada, COFIDIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA, representado por el Procurador de los tribunales, D. ABEL CELEMIN LARROQUE, asistido por el Abogado D^a MARTA ALEMANY CASTELL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 5 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Cristina Areces Suárez en nombre y representación de D. Nicanor contra la entidad mercantil "Cofidís S.A. Sucursal en España", representada por el Procurador D. Abel Celemín Larroque, debo acordar y acuerdo lo siguiente:

1º/ Se desestima la pretensión de la parte actora de que se repute y declare nulo, por usurario, el contrato de tarjeta de crédito a que se refiere la presente, así como todas las consecuencias que, de haber sido estimada, derivarían de ello.

2º/ Se desestima la pretensión de la actora de que se declare la nulidad del mismo contrato por incumplimiento de los requisitos de transparencia, claridad, concreción, sencillez y legibilidad, así como todas las consecuencias que, de haber sido estimada, derivarían de ello.

3º/ Se declara la nulidad, por abusividad, de la cláusula que impone el pago de una comisión por reclamación de deuda impagada por importe de 20 €. En consecuencia, se condena a la demandada a devolver al demandante las cantidades cargadas por tal concepto, más los intereses legales por ellas generados y contados desde la fecha de cada cobro.

4º/ No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referido a costas.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DON Nicanor , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 11 de enero de 2022.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DOÑA MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la primera instancia estima parcialmente la demanda formulada por D. Nicanor frente a la entidad mercantil Cofidís S.A., Sucursal en España, declarando la nulidad, por abusividad, de la cláusula contenida en el contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes el 8 de enero de 2015 que establece el pago de una comisión por reclamación de posiciones deudoras y recibo devuelto por importe de 20 euros, condenando a la demandada a devolver al demandante las cantidades cargadas por tal concepto, más los intereses legales por ellas generados desde la fecha de cada cobro. Desestimando, por el contrario, la acción ejercitada con carácter principal dirigida a la declaración de nulidad del contrato al amparo de los arts. 1 y 3 de la Ley de Represión de la Usura de 1.908 y, la subsidiaria, dirigida a declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula relativa al interés remuneratorio y al propio sistema de amortización revolving.

Frente a dicha resolución se formula recurso de apelación por el demandante, Sr. Nicanor , alegando - en definitiva- error en la apreciación de la prueba practicada y sobre las normas de la carga de la prueba, tanto respecto del pronunciamiento relativo a la nulidad del contrato por usura, aplicando incorrectamente lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de nuestra Audiencia Provincial, que lo interpreta; como respecto de la cláusula de interés remuneratorio y sistema revolving por falta de transparencia.

SEGUNDO.- Comenzando por el examen de la primera de las acciones ejercitadas, la que se fundamenta en el carácter usurario de la operación, hemos de precisar con relación a la concurrencia del requisito subjetivo para apreciar la usura, al ser uno de los motivos por los que la recurrida desestima tal pretensión, aludiendo



a que el artículo 1 de la Ley de Azcarate exige la concurrencia de dos condiciones para apreciar la usura, esto es, la objetiva (el interés notablemente superior al normal del dinero) y la subjetiva (manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales); inexistencia del requisito subjetivo necesario, a juicio del Magistrado de instancia, para la aplicación de dicho precepto legal que vulnera la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 25 noviembre de 2015. En este sentido, hemos dicho, entre otras, en Sentencias de 4 de julio de 2020 (Rec.320/2019) y 15 de diciembre de 2021 (Rec.363/2021), siguiendo la línea marcada por las anteriores de 2 de noviembre de 2018 y de 3 de octubre de 2019, que demostrado el requisito objetivo de que el préstamo supere el interés normal del dinero, no se precisa ningún requisito subjetivo adicional desde la jurisprudencia sentada por la resolución del Alto Tribunal en que nos apoyamos. Lo cierto es que esta interpretación del art. 1 exigiendo la concurrencia de ambos requisitos se aparta de la doctrina jurisprudencial que la propia sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 analiza, al concluir que "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, 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», criterio que viene a validar también la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, que se basa en la concurrencia del elemento objetivo para definir la usura. Es por ello que la cuestión debe analizarse a la luz de tal doctrina, revocando en este punto la apelada, y ello no sin dejar de advertir que la circunstancia de que el hecho de que la Ley de Represión de la Usura sea de fecha 23 de julio de 1908, unido al hecho indiscutible de que la realidad social actual es muy diferente a la de la fecha de su promulgación, no impide su aplicación por este mero hecho, ni por la circunstancia de que actualmente existan, en expresión de la resolución apelada, "normas protectoras de los consumidores y usuarios y reguladoras de las condiciones generales de contratación que establecen la obligatoriedad de que los contratos superen los que se suele conocer como "filtros" o controles que garanticen no solo el equilibrio entre los contratantes sino también que la decisión de contratar y condiciones asumidas derivan de una previa y adecuada información", pues nada garantiza que dicha información previa se haya efectivamente prestado, la Ley de Azcarate sigue en vigor y por ello resulta aplicable, la indicada normativa no es aplicable a la totalidad de los contratantes, solamente a contratos celebrados entre profesionales y consumidores, y la protección que una y otra normativa ofrecen es distinta, encuentra una fundamentación diversa y por ello no resulta incompatible una y otra.

TERCERO.- Adentrándonos en la cuestión de la nulidad del contrato por su carácter usurario, reproducida por el demandante en esta alzada, hemos de señalar que, con independencia de la génesis de la concertación del contrato, y de que la amortización de las disposiciones por medio de la tarjeta permita fórmulas que no impliquen el cobro de intereses remuneratorios, es lo cierto que si se opta por un pago aplazado se prevé el cobro de tales intereses, por lo que el contrato está sujeto a la normativa invocada en la demanda y aplicada en la sentencia, y así el art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, establece: *« será 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 o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».*

La resolución de proceso, y específicamente de los motivos del recurso, viene determinada tal como hemos señalado en Sentencia 14 de mayo de 2020 por la jurisprudencia sentada por la sentencia de Pleno dictada por el Tribunal Supremo el 25 de noviembre de 2015, que en buena medida ha sido ratificada por la ulterior, también de Pleno, de 4 de marzo de 2020, de las que se extraen las siguientes consideraciones:

1º) El Tribunal Supremo prescinde del requisito subjetivo para considerar como usurario un préstamo, y considera suficiente a estos efectos que concurren los dos presupuesto objetivos, a saber: 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».

2º) 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.



3º) 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, sin que sea correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero. Añadiendo que 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.

4º) Dentro de los diversos índices de referencia publicados por dicho Banco, en la primera de las sentencias mencionadas acudió al tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving), señalando la sentencia de 4 de marzo de 2020, que tal cuestión no era objeto de discusión en el recurso de casación, puesto que lo que en éste se discutía en realidad es si la diferencia entre el interés del crédito revolving objeto de aquel litigio superaba ese índice en una proporción suficiente para justificar la calificación del crédito como usurario, añadiendo 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.

5º) En la última de las sentencias mencionadas concurre que "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".

CUARTO.- En el supuesto de autos, nos encontramos ante un contrato de tarjeta de crédito celebrado el 8 de enero de 2015 en la que se fija una TAE del 24,51%, siendo el índice específico de crédito mediante tarjetas de crédito y tarjetas revolving publicado por el Banco de España en el mes de enero de 2015, del 21,23%, de modo que no cabe duda que el pactado es superior al tipo medio establecido para tales operaciones al superar en más de dos puntos dicho tipo medio, y ello siguiendo los parámetros de la sentencia de 4 de marzo de 2020, aunque en el caso de autos la diferencia entre uno y otro es inferior, que consideró que así acontecía en el supuesto por ella enjuiciado (el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por entidad financiera lo era del 26,82%), argumentando que 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, y que 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, y que 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%.

Razonamientos conducentes a la estimación del recurso, declarando el crédito usurario y, de conformidad con el art. 1.303 del Código Civil y 3 de la citada Ley de Azcarate, se declara que las sumas abonadas por el actor se aplicarán, exclusivamente, al pago del principal, condenando en su caso a la demandada a devolver el exceso abonado por cualquier concepto al demandante, debiendo en otro caso dicho demandante restituir la diferencia entre el capital dispuesto y la totalidad de lo pagado, a determinar en ejecución de sentencia. Siendo, en suma, innecesario el pronunciamiento sobre la invocada falta de transparencia de la cláusula relativa al interés remuneratorio y sistema revolving del contrato.

Por último debemos señalar, saliendo al paso de la alegación de la apelada, que en el supuesto de autos, al igual que hemos afirmado en otras ocasiones a propósito de la misma cuestión (por todas, Sentencias de esta Sala de 10 de febrero y 8 de abril de 2021) por mucho que la parte pretenda argumentar que el índice comparativo TEDR es inferior al TAE del contrato por cuanto el cálculo de aquel se excluyen las comisiones y gastos, lo cierto es, en primer lugar el TEDR es el TAE medio de este tipo de operaciones, en cuyo cálculo únicamente se excluyen las comisiones (que no los gastos generales como se argumenta), por lo que la diferencia que



señala, no puede ser tan sustancial como se pretende, siendo el TAE aplicado el mismo que analiza la STS de 4 de marzo de 2020 y superior al parámetro de los dos puntos porcentuales que como criterio suele aplicar esta Audiencia Provincial.

QUINTO.- Con relación a la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificarían la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo a las que se alude en la recurrida, decir que, como señalan las citadas resoluciones del Tribunal Supremo, corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de tales circunstancias, sin que puedan considerarse tales 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 el supuesto de autos, nada se prueba al respecto, es más una vez constatado que el interés estipulado en este caso es notoriamente superior al normal para aquel tipo de operaciones, deberían ser otras circunstancias, que tampoco se alegan, las que específicamente lo justificasen en este caso.

SEXTO.- Estimado el recurso, con la consiguiente estimación íntegra de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.2 de la LEC, procede imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada; sin hacer expresa declaración en cuanto al pago de las devengadas por razón del recurso.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

FALLO

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Areces Suárez, en la representación de D. Nicanor , contra la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 2021 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTRATACIÓN 289/2020 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. CUATRO de Gijón y, en consecuencia, **SE REVOCA** dicha resolución, acordando en su lugar la estimación íntegra de la demanda formulada por la representación del apelante contra la entidad COFIDIS SA, SUCURSAL ESPAÑA, declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes el día 8 de enero de 2015, declarando que las sumas abonadas por el demandante se aplicarán exclusivamente al pago del principal, condenando en su caso a la demandada a devolver el exceso abonado a la demandante por cualquier concepto derivado de dicho contrato, debiendo en otro caso la demandante restituir la diferencia entre el capital dispuesto y la totalidad de lo pagado, a determinar en ejecución de sentencia mediante la aportación por la demandada de copia del cuadro del estado del contrato, del histórico de movimientos y de las liquidaciones mensuales practicadas desde la fecha en que se suscribió el contrato hasta aquella en que conste la última liquidación efectuada. Con imposición de las costas causadas en primera instancia a la entidad demandada. Sin hacer expresa declaración en cuanto a las devengadas por razón del recurso interpuesto.

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