



Roj: **SAP O 949/2019 - ECLI: ES:APO:2019:949**

Id Cendoj: **33044370062019100111**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **29/03/2019**

Nº de Recurso: **2/2019**

Nº de Resolución: **130/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00130/2019

Modelo: N10250

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

-

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

Equipo/usuario: FGL

N.I.G. 33004 41 1 2018 0002960

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000002 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de AVILES

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000444 /2018

Recurrente: ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A.

Procurador: IGNACIO SANCHEZ AVELLO

Abogado: LUIS PIÑEIRO SANTOS

Recurrido: Cosme

Procurador: MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogado: IGNACIO HERNANDO ACERO

RECURSO DE APELACION (LECN) 2/19

En OVIEDO, a veintinueve de Marzo de dos mil diecinueve. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y Dª. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA Nº130/19

En el Rollo de apelación núm. 2/19, dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 444/18, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Nº1 de Aviles, siendo apelante **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A.**, demandada en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Sánchez Avello y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Piñeiro Santos; y como parte apelada **DON Cosme**, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Garmendia Lorenzana y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Hernando Acero; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aviles, dictó sentencia en fecha 13-11-18 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Garmendia Lorenzana, en nombre y representación de DON Cosme , sobre acción de nulidad contractual, frente a la entidad ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Avello,

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de Tarjeta de crédito Visa Clásica, suscrito por la demandante, con la entidad demandada, en fecha de 11 de abril de 2007,

CONDENANDO a la entidad demandada a abonar al demandante, la cantidad que resulte de la diferencia entre el capital efectivamente presado y/o dispuesto y la cantidad realmente abonada por el mismo, que exceda del total del capital que se le haya prestado, tomando en cuenta para dicha operación, el total de lo pagado por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados por la demandante, especialmente las cantidades cobradas por los conceptos de comisión por disposición de efectivo, intereses, comisión por reclamación de cuota impagada, cuota anual de la tarjeta y cualquier importe por seguros concertados y relacionados en el contrato, más intereses legales, lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

El pago de las costas procesales se impone a la parte demandada."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la parte apelada. En fecha 18-01-19, se dictó Auto que literalmente dice en sus fundamentos de derecho y parte dispositiva:

" **PRIMERO.** - *El artículo 460 de la L.E.C ., en lo que ahora interesa, limita la práctica de prueba en segunda instancia a aquellas que hubieran sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiera intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista, por lo que, cumplidos esos presupuestos procesales tendremos que comprobar si la decisión del Juez se acomoda o aparta del artículo 283 de la L.E.C ., que indica que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente, ni tampoco, en este caso por inútiles, aquellas pruebas que según reglas y criterios razonables y seguros en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, ni por último, aquellas que resulten de actividades prohibidas por la ley; a su vez la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sintetizada recientemente en su sentencia 43/2003, de 3 de marzo , indica que para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.*

SEGUNDO.- La apelante atribuye a la prueba rechazada una relevancia de la que carece una vez que el Pleno del Tribunal Supremo determinó que la comparación debería realizarse con los tipos de mercado aplicados a los préstamos personales, salvo que se acreditara que el cliente presentaba un perfil de riesgo tan peculiar que justificara el trato diferenciado; en consecuencia se confirma que la prueba propuesta era innecesaria y se rechaza recibir el pleito a prueba en esta segunda instancia.

En razón a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

--- *Se repele la prueba pericial propuesta por la representación procesal de **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A.** en su escrito de interposición de recurso."*

Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 26-03-18.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, estimó íntegramente la reconvencción deducida al amparo del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes en fecha 11 de abril de 2007, tras apreciar, en base a la doctrina del TS recogida en su sentencia de Pleno de fecha 25 de noviembre de 2015 , que parcialmente transcribe, que los intereses remuneratorios pactados, que suponían un T.I.N del 21% anual, eran totalmente desproporcionados a las circunstancias del caso, tomando como referencia, tanto el interés del dinero vigente en tal anualidad, así como en todo caso el aplicable a las operaciones del crédito al consumo que suponía, en la fecha de suscripción del contrato, una media del 8,79% y por ello que infringían el art. 1 de la Ley de Usura de 1908, con el alcance interpretativo que al mismo dio la citada sentencia de Pleno del TS.

Recurre tal pronunciamiento la entidad financiera demandada invocando que la sentencia incurre en incongruencia omisiva por no haberse pronunciado sobre el conocimiento y aceptación del tipo de interés, amén de haberlo confirmado tácitamente después al solicitar ampliaciones del crédito; asimismo infringe su derecho a valerse de los medios de prueba conducentes a la demostración de los hechos en que fundaba su defensa; luego en cuanto al fondo adujo que los intereses remuneratorios son el precio del contrato de crédito, se inspiran en el principio de autonomía de la voluntad y por tanto el único control judicial de oficio será el de transparencia, que en este caso se cumple sobradamente al consignar el contrato cuantos datos son exigidos por la reglamentación vigente, TAE incluido; en segundo término invoca que el tipo de interés remuneratorio pactado no supera en este caso el que es habitual para este tipo de operaciones en las tarjetas revolving o de pago aplazado en el mercado, de manera que no puede reputarse desproporcionado.

SEGUNDO.- Es sabido que la incongruencia omisiva se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida.

Es así que la autonomía de la voluntad sancionada en el artículo 1255 del Cc . tiene su límite en la ley, de manera que el conocimiento y aceptación inicial de la condición discutida e incluso su ratificación posterior no habrían podido subsanar la nulidad radical de un pacto contrario a la Ley de Represión de la Usura, de modo que

que huelga cualquier referencia a dicho principio, del mismo modo que sobran también las disquisiciones respecto del limitado control de oficio que desde la normativa tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios cabe hacer sobre los elementos esenciales del contrato pues reiteramos la sentencia de instancia no se ampara en esta última como ratio decidendi.

TERCERO.- En lo demás es pacífico que el contrato de tarjeta de crédito objeto de la demanda, fijaba un tipo mensual del 1,75% mensual por lo que reiteramos una vez más que la concertada es una operación de crédito en la que la actora es consumidora y a la que es aplicable la Ley de Represión de la Usura, de acuerdo con su artículo 9, que establece que " Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido". Precisamente la sentencia de Pleno del TS de 25 de noviembre de 2015 , cuya doctrina aplica la recurrida, declara el carácter usuario de un crédito "revolving" sustancialmente idéntico al litigioso, concedido al consumidor demandando, razonando al respecto que "La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo".

Es más, la precitada sentencia de Pleno del TS argumenta y justifica la procedencia de esta aplicación de la Ley de Usura, a contratos de crédito distintos al tradicional de préstamo cuando declara que:" En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito "sustancialmente equivalente" al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio , 113/2013, de 22 de febrero y 677/2014, de 2 de diciembre .

CUARTO.- En cuanto a la interpretación del art. 1 de la citada Ley de Usura , se razona en la misma que: "A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en



el art. 1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, 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".

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , y 677/2014 de 2 de diciembre , exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley".

QUINTO.- Establecido ese punto de partida, el recurso debe ser desestimado en razón a la doctrina que sobre este particular ha sentado la sentencia de Pleno del TS de 23 de noviembre de 2015 , que esta Sala ha de tomar como referencia para su resolución, en cuanto si bien se trata de una sola sentencia, que en cuanto tal no constituye doctrina legal, según reiterada jurisprudencia del TS recogida entre otras en las STS de 29 de noviembre de 2002 y 15 de octubre de 2008 , al exigirse para ello la existencia de "... dos sentencias de esta Sala de Casación Civil sobre interpretación y aplicación de la Ley u otras fuentes del derecho, respecto a casos idénticos", ello no obstante se trata de una sentencia dictada con unanimidad por el Pleno de los Magistrados que la integran, y que contiene una clara modificación de la doctrina anterior a la hora de decidir cual es el termino de comparación o de referencia a tomar en consideración para resolver en cada caso, si concurren en el producto de crédito litigioso, los requisitos objetivos del apartado 1º del art. 1 de la Ley de Usura , y concluir su carácter o no usurario. En este sentido es evidente que una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (máxime cuando esta es de Pleno), puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina, pues en otro caso resultaría un sinsentido y contrario a la naturaleza de las cosas que se cambiara la jurisprudencia para un caso y sin embargo continuara siendo obligatoria la anterior modificada en tanto no se dictara por el propio TS una segunda sentencia.

En efecto, todos los motivos de impugnación, se fundan en doctrina jurisprudencial anterior a la tan citada sentencia de Pleno, que resuelve cada uno de ellos en sentido contrario al pretendido por la recurrente.

Recordaremos en primer término que no puede tomarse como referencia el interés remuneratorio mensual, ni exclusivamente tal interés remuneratorio, sino por razones de transparencia reforzada exigible en contratos celebrados con consumidores, con cláusulas generales predispuestas como es el caso, la tasa anual equivalente, (TAE), pues según tal sentencia de Pleno, "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".

En cuanto al módulo de contraste para determinar si el interés pactado es manifiestamente desproporcionado al normal del mercado la citada sentencia de Pleno del TS expresa inequívocamente que esa comparación ha de realizarse con el interés medio de los préstamos a consumo, razonando al respecto que "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".

Y en lo que concierne a las particulares circunstancias del producto la citada sentencia rechaza que concurren circunstancias excepcionales en el tipo de crédito o producto que justifique ese interés notablemente superior al normal del dinero, razonando que: "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", concluyendo que ese carácter del crédito al consumo por el tipo de operación, no constituye circunstancia extraordinaria que lo



justifique, razonando al respecto que: "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, sobre la base del 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".

SEXTO.- Todas esas razones, unidas a las que se recogen en la sentencia de primera instancia, que se comparten y dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad, determinan la desestimación del presente recurso, excepción hecha del pronunciamiento en costas toda vez que el TS. aún no se ha pronunciado nuevamente sobre el objeto litigioso, y existen discrepancias en la llamada jurisprudencia menor sobre la interpretación que debe de hacerse de la sentencia de Pleno a que antes hicimos referencia, como evidencian las citadas en el recurso.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

*Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés en los autos de que este rollo dimana se deja sin efecto la condena al pago de las costas devengadas en la instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas con el recurso.*

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

E/