



Roj: **SAP O 1997/2018 - ECLI:ES:APO:2018:1997**

Id Cendoj: **33044370052018100237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **02/07/2018**

Nº de Recurso: **312/2018**

Nº de Resolución: **269/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00269/2018**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00000312/18

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a dos 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 30/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Grado, Rollo de Apelación nº **312/18**, entre partes, como apelante y demandada **WIZINK BANK, S.A**, representada por el Procurador Don Joaquín M<sup>a</sup> Jáñez Ramos y bajo la dirección de la Letrado Doña M<sup>a</sup> José Cosmea Rodríguez y del Letrado Don Joan Salvador Mercade Ibáñez, y como apelado y demandante **DON Prudencio**, representado por el Procurador Don Miguel Fernández Rodríguez y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Grado dictó sentencia en los autos referidos con fecha trece de abril de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**ESTIMO** la demanda formulada por la representación de D. Prudencio contra la mercantil WIZINK BANK S.A. y, en consecuencia, **DECLARO**, el carácter usurario del interés del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes y, la nulidad del contrato y, en consecuencia, la demandada no podrá cobrar ningún interés ni comisión por las cantidades prestadas o de las que fuera disponiendo el actor y, en consecuencia, en ejecución de sentencia deberá determinarse el total de las cantidades franquiciadas por el actor y de las que fue pagando, de forma que tendrá que abonar las que resten hasta que las segundas cubran el importe de las primeras o, en su caso, que el demandado deba reintegrar al actor lo que éste hubiese pagado por encima de la cantidad financiada con sus intereses legales, con imposición de las costas 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 DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en primera instancia acogió la demanda formulada por Don Prudencio frente a la entidad Wizink Bank, S.A. y declaró la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito el 26-1-2011, y ello al resultar usurario, debiendo en ejecución de sentencia determinarse las cantidades pagadas por el actor, condenando a la entidad bancaria a reintegrar en su caso al actor la cantidad abonada por el mismo en lo que excediere del total del capital prestado.

La demandada, que se ha alzado frente a dicha resolución, alega en primer término infracción de ley, concretamente de los art. 217 y 219 de la LEC, habida cuenta que la actora en ningún momento ha concretado las cantidades que serían objeto de reintegro, de modo que no podría condenarse al pago de cantidades no concretadas por la parte actora. Invoca igualmente error en la valoración de la prueba e infracción en la carga probatoria así como del presupuesto relativo a la condición del tipo pactado de notablemente superior al normal del dinero, aludiendo a que la sentencia prescinde de los tipos publicados por el Banco de España para el caso concreto.

**SEGUNDO.-** La cuestión que se suscita en la presente litis, referente a la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por **usura**, ha sido abordado en numerosas resoluciones por esta Sala, entre las últimas la sentencia de fecha 26-1-2018, habiendo declarado lo que sigue: "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 el 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 las últimas 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 a 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. 539/2.009, 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 10-7-2.017 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 25-11-2.015 se decantó por lo segundo, su criterio es el seguido por la sentencia recurrida y también por esta Sala (sentencias de fecha 7-10-2.016 , 7-4 y 23-5- 2.017) y por otras muchas de nuestras Audiencias ( SAP Pontevedra, Sección 6ª, de fecha 27-10-2.016, Salamanca, Sección 1ª, de fecha 18-3-2.016 , Barcelona, Sección 14ª, de fecha 29-12-2.015 , Jaén, Sección 1ª, de fecha 17-2-2.016 , Guipúzcoa, Sección 2ª, de fecha 15-2-2.016 , Madrid, Sección 20ª, de fecha 20-2-2.017 , Badajoz, Sección 3ª, de fecha 15-2-2.017 , Murcia, Sección 1ª, de fecha 24-10-2.016 y Lérida, Sección 2ª, de fecha 2-5-2.016 ....).

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 25-11-2.015 , 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 16/2.011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, siguiendo la línea marcada por la Ley 2/2.011, 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 2.011 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 5/2.012 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 aras 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, la Sala refrenda la decisión adoptada por el Sr. Juez de instancia.*

*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 24-7-1.908 , 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 aquella y los*



*intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado."*

**TERCERO.-** Así las cosas, la Sala refrenda la decisión adoptada por el Sr. Juez de instancia. En efecto, si se tiene en cuenta que el tipo nominal pactado fue del 24%, superando el 26% TAE, es clara su desproporción con el obrante en aquel momento como medio en la fecha de la contratación, de algo más de un 7,5%.

Puede, pues, concluirse que resulta el pactado un interés usurario y por ende nulo conforme al art. 1 de la Ley de Represión de la **Usura** de 24-7-1.908, 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.

Respecto a la infracción de los art. 217 y 219 de la LEC, ninguna incongruencia se aprecia, de un lado por cuanto como señaló la Sra. Juez pueden considerarse determinadas las bases, pero con independencia de ello, resulta complejo fijar la cuantía en el escrito rector por la propia configuración de lo pedido, tratándose de una pretensión que por su propia naturaleza procede diferir a la fase ejecutoria, como esta Sala ha declarado en relación a supuestos como la nulidad de las cláusulas suelo o de intereses declarados nulos, a los que sería asimilable el presente caso (así en la sentencia de 19-2-2018).

Finalmente, el hecho también alegado de retardo en la reclamación, al resultar el contrato del año 2.011, ya fue contestado de modo claro por la Sra. Juez de instancia.

**CUARTO.-** El rechazo del recurso ha de conllevar que las costas de la presente alzada se impongan a la parte que la ha promovido (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Wizink Bank, S.A. contra el sentencia dictada en fecha trece de abril de dos mil dieciocho por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Grado, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen a la parte apelante las costas de la alzada.

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.

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.