



Roj: **SAP OU 256/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:256**

Id Cendoj: **32054370012021100186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2021**

Nº de Recurso: **263/2020**

Nº de Resolución: **191/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

### OURENSE

**SENTENCIA: 00191/2021**

### APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

#### **S E N T E N C I A NÚM. 191/2021**

En la ciudad de Ourense a veintiuno de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio verbal 119/2019 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, rollo de apelación núm. 263/2020, entre partes, como apelante, D. Adriano, representado por la procuradora Dña. Lourdes Lorenzo Ribagorda bajo la dirección de la letrada Dña. Ana María Pérez Homen de Almeida, y, como apelada, la entidad mercantil Cofidis SA Sucursal en España, representada por la procuradora Dña. Eva Álvarez Coscolín, bajo la dirección de la letrada Dña. Cristina Argemí Rodríguez.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 15 de abril de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que **estimando en parte** la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Eva Álvarez Cascolín, en nombre y representación de **COFIDIS S.A SUCURSAL EN ESPAÑA, debo condenar y condeno a Adriano**, a abonar a la actora que se fije en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico Tercero in fine y Quinto in fine y sin hacer especial pronunciamiento en costas".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D. Adriano recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de la entidad mercantil Cofidis SA Sucursal en España, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

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

#### **II - FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La entidad demandante Cofidis SA, Sucursal en España formuló demanda de procedimiento monitorio contra D. Adriano en reclamación de la cantidad de 3.094,64 euros, correspondiente al saldo deudor de un contrato de línea de crédito suscrito el día 24 de marzo de 2006. La parte demandada se opuso a la demanda alegando que las cláusulas contenidas en el contrato sobre intereses remuneratorios,



comisiones por devolución por impago de cuotas y penalización por incumplimiento de obligaciones no han sido negociadas, son contrarias a la buena fe y deben ser declaradas abusivas, aplicándose en relación a los intereses la Ley de Represión de la Usura que conlleva la nulidad del contrato. En la sentencia dictada en primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula referida por su carácter abusivo y se estimó que la Tasa Anual Equivalente no podía ser superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, debiendo calcularse en ejecución de sentencia la cantidad que debía haberse abonado, condenando al demandado, en su caso, al pago de la cantidad procedente.

Frente a dicha resolución se interpone por el demandado el presente recurso de apelación en el que insiste en el carácter usurario del interés pactado, solicitando que se declare la nulidad del contrato, condenando a las partes a la recíproca restitución de las prestaciones recibidas, condenando a Cofidis SA Sucursal en España, a la devolución de la cantidad de 723,05 euros, tras efectuar la oportuna compensación. O subsidiariamente, que se declare expresamente la nulidad de las condiciones generales 5,8 y 9 del contrato de fecha 24 de marzo de 2006 condenando a las partes al abono a la que resulte acreedora, de la suma que resulte a su favor.

La parte actora se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

**Segundo.-** Pretende la parte apelante que se declare que el préstamo concertado con la entidad actora es usurario y, en consecuencia, que se declare la nulidad del mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, condenando a la actora a pagarle la suma de 723,05 euros, diferencia entre lo que ésta le entregó y lo devuelto. La entidad actora alega la improcedencia del recurso de apelación por vulneración del principio *pendente appellatione, nihil innovetur*, no habiéndose formulado reconvención, por lo que las alegaciones que se contienen en el recurso son cuestiones nuevas y no pueden ser ahora debatidas conforme al artículo 456. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Planteada así la cuestión surge la polémica doctrinal de si el recurso de apelación se ha de contemplar como comprendido dentro del modelo de la apelación plena o el de la apelación limitada; o sea, el que contempla la apelación como un nuevo proceso -*novum indicio*- o como un sistema de revisión del primer proceso -*revisio prioris instantiae*-. Y tal cuestión está perfectamente resuelta en nuestra doctrina jurisprudencial, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1997, recuerda "la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que es buena muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1992: en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las Sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "*pendente appellatione, nihil innovetur*". Y también la sentencia de 25 de septiembre de 1999, expresiva de que "no cabe la menor duda de que preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación. De todo ello es claro ejemplo la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1984, cuando en ella se dice que "el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho "*pendente appellatione, nihil innovetur*". No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *ad quo* como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen que, en todo caso, una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*."

Todavía matiza más la doctrina jurisprudencial al negar la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser readgüiridas por ésta, implicando lo contrario infracción del artículo 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho; tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992, que razonó que la introducción de hechos posteriores a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y, por ende, al fundamental derecho de defensa.

Tal doctrina ha tenido reflejo en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las



pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia"; es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de forma que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

En este caso, la cuestión que se plantea ha sido anunciada en la oposición al requirente de pago, no resultando totalmente nueva o no deducida en la instancia; pero el problema que se plantea es la forma en que se ha articulado lo que ahora se formula como una pretensión de condena de la entidad demandante.

Ciertamente en el escrito de oposición al requerimiento de pago dirigido al demandado no se formuló reconvencción interesando la declaración de nulidad del contrato y la restitución de la suma que se consideraba procedente, aunque se indicó que se consideraba nulo el préstamo por lo que únicamente vendría obligado a la devolución de la suma prestada y ello en base a la consideración de usurarios de los intereses pactados y que, por tanto, la actora le adeudaba 6.602,05 euros, si se consideraba que la suma prestada ascendía únicamente al importe inicial solicitado, 1.200 euros; o bien 723,05 euros, de entenderse que se produjeron ampliaciones de lo prestado hasta la cantidad de 7.079,05 euros; teniendo en cuenta en todo caso que la cantidad por él abonada ascendió a 7802,05 euros; aunque no se formula en ningún caso acción de restitución de esas cantidades, para lo que sería preciso formular reconvencción.

La cuestión es si cabe o no al deudor que se opone al requerimiento de pago en un procedimiento monitorio formular a su vez reconvencción cuando, en virtud de dicha oposición, deba seguirse el trámite previsto para el juicio verbal; existen posturas divergentes: una postura negativa sostiene que a falta de una previsión legal en la regulación del proceso monitorio, cuando el trámite declarativo se desarrolla conforme a las reglas del juicio verbal, el demandado solo puede oponer excepciones que desvirtúen el crédito del demandante, pero no ejercitar acción contra el mismo, lo que sí es posible cuando el trámite para la continuación fuese el del juicio ordinario. Otra postura, la positiva, mantiene que el juicio verbal subsiguiente al proceso monitorio es un juicio independiente que se rige por sus propias reglas, y entre ellas la posibilidad de la reconvencción siempre que concurren los requisitos previstos en el artículo 438.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe anunciarse en el escrito de oposición al monitorio. En cualquier caso, en éste no se ha formulado expresamente reconvencción como indica la entidad actora, pero se ha alegado en la oposición la nulidad del contrato por usurario, y esa nulidad puede hacerse valer por vía de acción o reconvencción, y también por vía de excepción, como hizo la parte demandada, por lo que no existe problema alguno para declararla si se estima procedente. Solo será necesaria reconvencción cuando el prestatario pretenda, al amparo de dicha nulidad, la devolución de las cantidades pagadas en exceso, como consecuencia del último inciso del artículo 3 de la Ley de Usura de 1908, que dispone que "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". Por ello, si el prestatario no solicita la devolución, no está obligado a formular reconvencción para articular la nulidad por usura. Resulta de todo ello que aunque deba examinarse la solicitud de declaración del préstamo como usurario planteada en el recurso, la consecuencia aun en caso de estimación no sería la condena de la actora a la devolución de cantidad alguna, aunque, en caso de que resultase un saldo favorable al demandado, el mismo podría reclamarlo en el procedimiento correspondiente.

**Tercero.-** Se alega por la parte recurrente que es procedente la declaración de nulidad por usura ya que el interés concertado en el contrato de línea de crédito es notablemente superior al normal del dinero, pues el tipo de interés para operaciones de activo en la modalidad de créditos al consumo, en operaciones de 1 a 5 años, nunca excedió de un 8%, siendo el tipo medio publicado en el período de contratación entre el 8,37% y el 8,86%, y en este caso se pactó un TAE de un 22,95%.

Para la determinación de la condición de usurario de los contratos de crédito como el que es objeto de litigio ha de seguirse la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 25 de noviembre 2015, complementada o matizada por la de 4 de marzo de 2020.

En ambas resoluciones se establece, como doctrina legal, que "para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria basta con que se cumplan los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 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 concorra el registro subjetivo, referido a que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

En ambas sentencias también se establece que el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés remuneratorio pactado es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal sino la tasa anual equivalente (TAE), comprensiva de todos los pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo. En este caso el tipo de interés nominal pactado (TIN) se fijó en un 20,84%, mientras que la Tasa Anual Equivalente (TAE) era de un 22,95%.



Pues bien, partiendo de que ha de prescindirse del requisito subjetivo al que ninguna de las partes hizo referencia, la cuestión que debe resolverse se centra en determinar cuál es el criterio de comparación que ha de ser tomado como referencia para evaluar la naturaleza usuraria o no de interés remuneratorio pactado en este caso: si el interés medio o normal aplicable a los créditos de consumo o el específico de este tipo de operaciones de crédito con **tarjeta**.

La cuestión ha sido resuelta por la citada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, en la que en este punto modula la anterior de 15 de noviembre de 2015, declarando que debe ser tomado como término de comparación para valorar la naturaleza usuraria o no de los intereses remuneratorios pactados (TAE), el interés medio aplicable a esta específica modalidad de crédito que representan las **tarjetas** de crédito.

En efecto, en dicha sentencia, para determinar la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" al hacer la comparación con el interés pactado cuestionado y valorar si el mismo es usurario, rectifica el criterio seguido en la sentencia del Pleno de 25 de noviembre de 2015, tras destacar que en aquella fecha y en la de contratación del producto allí cuestionado, el Banco de España no publicaba una estadística diferenciada del tipo medio de interés aplicado a las **tarjetas** de crédito, y que en aquel supuesto había sido objeto de recurso, concluyendo que el término comparativo que había de utilizarse como indicativo del "interés normal del dinero" que era el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España, y que por ello éste ha de ser "... el tipo medio de interés, en el momento de la celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponde la operación crediticia cuestionada"; en este caso la más específica correspondiente a las **tarjetas** de crédito y **revolving**.

En dicha resolución el Tribunal Supremo valoró que las estadísticas oficiales del Banco de España son elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión y se evita que ese "interés normal del dinero" resulte fijado por la actuación de operadores fuera de control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

A fin de ofrecer la información que debe facilitarse para este tipo de operaciones financieras, conforme a los parámetros fijados por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, el Banco de España incluyó en su Boletín Estadístico, en el capítulo 19.4, la información específica sobre los tipos de interés en créditos **revolving** (**tarjetas** de crédito y líneas de crédito), especificidad que se produce a partir del Boletín de marzo de 2017.

En su Boletín de marzo de 2017 el Banco de España explicó:

"A partir de este mes se reorganiza la información ofrecida en este capítulo, relativa a los tipos de interés aplicados por las Instituciones Financieras Monetarias en las operaciones de préstamos y depósitos frente a los hogares e IPSFLSH y a las sociedades no financieras. El motivo de estos cambios es ofrecer una Información más clara sobre la financiación destinada al consumo. En concreto, la información referida a las **tarjetas** de crédito (tipos de interés aplicados y volumen de huevas operaciones) se ha englobado a efectos de presentación dentro del segmento del crédito al consumo (por ejemplo, en los cuadros 19.3 y 19.4), pues se considera que este es su destino fundamental. Esta agrupación resulta informativa, pues, aunque la finalidad de estos créditos es la misma, sus diferentes características hacen que los tipos aplicados en los créditos concedidos a través de **tarjetas** de crédito (de pago aplazado o **tarjetas** revolving) sean claramente distintos de los que se aplican en los tradicionales créditos al consumo".

La media del interés remuneratorio pactado que aparece en el apartado 19.4 de la información facilitada por el Banco de España en las operaciones de crédito **revolving** para este tipo de producto financiero es de un interés remuneratorio del 20,5% anual, aproximadamente, desde el año 2013, desde el que se pueden extraer datos, hasta la actualidad.

No disponemos de datos publicados por el Banco de España sobre los intereses aplicados en la fecha de contratación 2006, para este tipo de operaciones de crédito; pero la entidad bancaria ha aportado prueba documental en relación a tal extremo, y de la misma se puede deducir que el interés pactado es notablemente superior al normal en la época de contratación. El informe pericial efectuado por el economista y perito judicial D. David para un procedimiento de iguales características que el presente, indica que la media de tipos de interés entre 2003 y 2010 para **tarjetas** de crédito está en el 17,81%. Y entre 2010 y 2017 en el 20,66 %, por lo que el tipo de interés aplicado en el contrato litigioso, en el que se establece un TAE del 22,95%, es muy superior al tipo medio que se señala en tal informe, para la fecha de la contratación.

En la información facilitada por la Asociación Nacional de Entidades Financieras (ASNEF), la media de los tipos máximos aplicados a las **tarjetas** de crédito a pago aplazado y cuentas o líneas de crédito revolvente (**revolving** con o sin **tarjeta**), se situaba también por debajo del tipo aplicado en este caso en un punto y medio correspondiendo el dato al año 2008, no aportándose la información referida a 2006, fecha del contrato.



En suma, de lo expuesto se concluye que la tasa de interés remuneratorio aplicada en este caso ha de considerarse abusiva, lo que determina la declaración de nulidad del contrato con la consecuencia de la recíproca devolución de las prestaciones.

La cantidad percibida por la parte demandada ascendió, después de las sucesivas disposiciones tras la inicial de 1.200 euros, a 7.079 euros, y el acreditado devolvió la suma de 7.802,05 euros, por lo que efectuando la oportuna compensación ninguna cantidad adeuda a la actora, aunque no pueda ser condenada la misma a la devolución de la diferencia a favor del demandado al no haber formulado reconvencción según se ha expuesto en el precedente fundamento jurídico.

**Cuarto.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la imposición a la actora de las costas causadas en la instancia; y de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la misma Ley, no se hace expreso pronunciamiento en relación a las causadas en esta alzada.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Adriano contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Ourense en autos de juicio verbal 119/2019 -rollo de Sala 263/2020-, cuya resolución se revoca, declarando la nulidad del contrato suscrito por las partes el día 24 de marzo de 2006, absolviendo a la demandada de la reclamación formulada; todo ello, imponiendo a la parte actora las costas causadas en la instancia y no haciendo expreso pronunciamiento en relación a las derivadas de esta alzada.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta mi sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronuncio, mando y firmo.