



Roj: **SAP OU 461/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:461**

Id Cendoj: **32054370012021100313**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2021**

Nº de Recurso: **66/2020**

Nº de Resolución: **278/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR DOMINGUEZ COMESAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00278/2021

Modelo: N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

N.I.G. 32006 41 1 2019 0000047

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000066 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de BANDE

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000044 /2019

Recurrente: **BANCO SANTANDER SA**

Procurador: don JOSE ANTONIO MANUEL GONZALEZ NEIRA

Abogado: don JOSE IGLESIAS ARES

Recurrido: doña Zaira

Procurador: doña BELEN LOPEZ AREAL

Abogado: don PABLO ARTURO QUINTAS ALVAREZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, doña María José González Movilla, Presidenta, doña María del Pilar Domínguez Comesaña y don Ricardo Pailos Núñez, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 00278/2021

En la ciudad de Ourense a catorce de junio de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Bande, seguidos con el n.º 44/2019, Rollo de apelación núm. 66/2020, entre partes, como apelante la entidad Banco Santander, S.A., representada por el procurador de los tribunales don José Antonio Manuel González Neira, bajo la dirección del



letrado don José Iglesias Ares y, como apelada, doña Zaira , representada por la procuradora de los tribunales doña Belén López Areal, bajo la dirección del letrado don Pablo Arturo Quintas Álvarez.

Es ponente la Ilma. Sra. doña María del Pilar Domínguez Comesaña.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Bande, se dictó sentencia en los autos de Juicio Ordinario nº 44/2019, en fecha 20 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "**Que ESTIMANDO INTEGRAMETE la demanda interpuesta por la procuradora Belén López Areal que actúa en defensa de los intereses de Zaira , contra Banco Santander S.A. DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato suscrito en el año 2012, declarando nulas la totalidad de las cláusulas incorporadas en el mismo por no superar el control de incorporación, por falta de transparencia y por abusividad, siendo el TAE aplicable a la usuaria, debiendo devolver las parte demandada todas aquellas cantidades que hubiera abonado desde el inicio del contrato en concepto de intereses por compras, aplazamientos de pagos, disposición en efectivo y transferencias, así como por cuotas de mantenimiento, comisiones y prima de protección de pagos, tendrá que devolver el demandado todas aquellas cantidades abonadas por la demandante que excedan del capital prestado. A la que se deben adicionar los intereses legales que procedan en relación con las cantidades que deba restituirse a computarse desde las fechas en que se hicieron los pagos.**

Con imposición a la demandada de las costas causadas."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de Banco Santander S.A. recurso de apelación en ambos efectos, al que se opuso la representación procesal de doña Zaira .

Seguido el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

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

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Zaira ejercita en la demanda, de forma alternativa, una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y subsidiariamente una acción de nulidad del contrato de crédito asociado a la **tarjeta** por su carácter usurario. Respecto a la primera de las acciones, la actora solicita que se declare la nulidad de pleno derecho por su carácter abusivo y por no superar el control de transparencia, de las cláusulas incluidas en el condicionado de la **tarjeta** de crédito relativas a intereses nominales para compras, pagos aplazados, disposiciones de efectivo y transferencias. Cuota de mantenimiento anual de la **tarjeta**. Comisiones por reclamación de cuotas impagadas, por disposición en efectivo de cajeros, por exceso sobre el límite, por apertura de servicios de pago aplazado y por cancelación anticipada de pago aplazado, imposición de prima de seguros de protección de pagos, y establecimiento de la misma, junto con las comisiones, con carácter preferente en la prelación de imputación de pagos a la amortización de los saldos del principal, así como el propio orden de imputación de estos últimos. Año comercial de 360 días al objeto de cálculo de intereses y capitalización de intereses o imposición de pacto de anatocismo y, como consecuencia de dicha declaración, se condene a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que ésta hubiere abonado desde el inicio del contrato en concepto de intereses, comisiones, cuotas de mantenimiento y prima de protección de pagos, y, cuya determinación se efectuará en ejecución de la sentencia.

En relación a la acción ejercitada con carácter alternativo, solicita que se declare la nulidad del contrato de **tarjeta** de crédito por contener intereses usurarios, no pudiendo, en consecuencia, cobrar la entidad demandada ningún interés ni comisión por las cantidades prestadas o de las que fue disponiendo la actora y con condena a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades abonadas por tal concepto.

La demandada se opuso a la demanda. Tras explicar el sistema seguido en la contratación de las **tarjetas** de crédito y remisión al cliente del reglamento de las **tarjetas** y de la propia **tarjeta** física, alega que todas las condiciones supera el control de incorporación y transparencia real, así como que el control de contenido no puede efectuarse en relación con las cláusulas que rigen el precio del contrato. Respecto a las comisiones sostiene que no son abusivas y responden a servicios efectivos prestados por la entidad bancaria al cliente. En relación con la acción ejercitada con carácter alternativo, alega que el interés remuneratorio fijado es acorde al establecido por el resto de entidades financieros para operaciones de crédito asociado a **tarjetas** de crédito, por lo que el tipo de interés no es usurario.



La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda, declara la nulidad del contrato y de todas las condiciones incorporadas al mismo y condena a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades abonadas en concepto de intereses, comisiones y primas, relegando al trámite de ejecución de sentencia la cuantificación de dichas cantidades.

La entidad bancaria recurre todos los pronunciamientos de la sentencia. Como primer motivo de recurso alega que la juzgadora de instancia valoró de manera errónea la prueba ya que las cláusulas relativas al coste económico del crédito cumplen con los controles de incorporación y transparencia y en relación al control de abusividad alega que al formar parte del precio del contrato el interés nominal y las comisiones, no pueden ser sometidas a control de abusividad. Como segundo motivo de recurso la apelante alega igualmente error en la valoración de la prueba al estimar la sentencia que el TAE del 26,82% es usurario. Por todo ello solicita la revocación de la sentencia y la desestimación íntegra de la demanda.

La actora apelada se opone al recurso. Muestra conformidad con los razonamientos de la sentencia y solicita la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Sostiene la apelante que las cláusulas que fijan el tipo de interés nominal para compras, pagos aplazados y disposiciones de efectivo, así como las distintas comisiones referidas en la demanda, superan el control de transparencia por lo que al regular elementos definitorios del contrato no pueden ser sometidas a control de abusividad.

A fin de dar adecuada respuesta a este primer motivo de recurso conviene recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 /CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1994, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas (sentencias de 15 de marzo de 2012, Pereniová y Pereni, C-453/10, Rec. p. I-0000, apartado 27, y de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, Rec. p. I-0000, apartado 33).

Debido a esta situación de inferioridad la Directiva, por un lado prohíbe, las cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 3, apartado 1). Y, por otro lado, impone a los profesionales la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible (art. 5). Precisando la propia Directiva que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración ya que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactados de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información que el profesional le proporciona (STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/2011, entre otras). Igualmente ha declarado que la falta de información antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor sea informado durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación.

Estos mismos criterios de información transparente, clara, concreta, sencilla y previa a la contratación se plasman en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto proclaman que no quedaran incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, ni tampoco las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y en el artículo 80.1 del TRLGDCU, según el cual los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, así como accesibilidad y legibilidad de forma que se permite al consumidor el conocimiento previo a la operación del contrato sobre su existencia y contenido.

Por su parte la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo establece en su artículo 10 que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito. Y el artículo 11 añade que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso



explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo. La información ha de prestarse en papel o en soporte duradero y con el contenido y alcance que indica el apartado 3 del artículo 10.

Pues bien, en el supuesto de autos la entidad bancaria no ha acreditado haber proporcionado a la actora información sobre las condiciones que rige el funcionamiento de la **tarjeta** y en particular los pagos aplazados y las condiciones relativas a la liquidación de la cuenta de crédito asociada a la **tarjeta**, hasta septiembre de 2016, fecha en la que envió a la actora el Reglamento de las **tarjetas** "Global" y "Affinity", fechado en el 15 de septiembre de 2016 que sustituía a la **tarjeta** anterior.

La información relativa al TAE aplicable que se contiene en los extractos y liquidaciones mensuales remitidos a la actora, con anterioridad a septiembre de 2016, no satisface las exigencias de información transparente que la normativa expuesta exige en la oferta de préstamos al consumo.

La falta de transparencia no solo viabiliza el control de contenido o de abusividad de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato sino que precisamente conforman o determinan el carácter abusivo de dichas cláusulas, por cuanto la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Esta conexión entre transparencia material y abusividad ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y por la jurisprudencia del T.S. (a título de ejemplo sentencia nº 367/16).

Es por ello que este motivo de recurso no puede prosperar.

TERCERO.- Como segundo motivo de recurso invoca la apelante error de la juzgadora de instancia al estimar la juzgadora de instancia usurario el TAE aplicado.

El motivo ha de ser desestimado la Sala comparte la conclusión alcanzada por la Juzgadora de instancia sobre el carácter usurario del TAE del 26,82 % aplicado por la entidad bancaria a las liquidaciones de la cuenta asociada a la **tarjeta** desde el 20.07.2012.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 149/2020 de 4 de Marzo, Rec. 4813/2009, analiza desde la perspectiva de la ley de represión de la usura, un TAE del 26,82 %, aplicado por Wizink Bank S.A. a los pagos aplazados y disposición de crédito a través de la **tarjeta** Visa, concluyendo que el mismo es usurario, por lo que ni siquiera es necesario efectuar la comparativa entre el TAE contractual y el tipo medio fijado para las **tarjetas** de crédito y **revolving** que publica el Banco de España y que para el período comprendido entre el año 2010 y 2019 oscila entre el 19,32 % y un 21,13 % situándose el correspondiente al año 2012 en un 20,90 %.

En dicha sentencia la Sala señala que: " **3.-** A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Esta indeterminación obliga a los tribunales a 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 del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que 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 Wizink al crédito mediante **tarjeta revolving** concedido a la demandante, que era del 26,82% (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. **5.-** En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de «interés normal del dinero» y el tipo de interés remuneratorio del crédito **revolving** objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito **revolving** es notablemente superior al normal de dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y por tanto, usurario. Por las razones que se exponen en los siguientes párrafos. **6.-** 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 628/20 15, 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 tipo de interés muy superiores a lo 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 tipo medio aplicado a las **tarjetas** de crédito **revolving** no puede fundarse en esta circunstancia. 9. Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como interés normal del dinero en las proporciones concurrente en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de créditos de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito".

Finalmente alega la parte apelante que la sentencia de instancia adolece de falta de motivación por cuanto no razona por qué considera abusivas el resto de las cláusulas contractuales distintas a la que fija el interés remuneratorio. Si bien es cierto que la sentencia incurre en este defecto, e incluso en falta de claridad y cierta incongruencia interna, lo cierto es que dicho defecto deviene intrascendente en el supuesto examinado ya que por un lado la declaración de nulidad de los intereses remuneratorios aplicables a los pagos aplazados conlleva la no aplicación de otras cláusulas contractuales como la relativa a la utilización del año comercial en la liquidación de intereses. Por otro lado, la actora también ejercita en la demanda la acción de nulidad contractual dado el carácter usurario del TAE fijado en el contrato, lo que determina la nulidad del contrato con el consiguiente efecto restitutorio limitado a la obligación del prestatario de restituir exclusivamente el capital prestado, que es en realidad el efecto declarado en la sentencia.

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- En virtud de lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar.

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

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don José Antonio González Neira, en representación procesal de la entidad mercantil Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Bande en autos de Juicio Ordinario nº 44/2019, Rollo de Apelación número 66/2020, resolución que se confirma.

Las costas de apelación se imponen a la entidad recurrente.

Se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra 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 pronunciamos, mandamos y firmamos.