



Roj: **SAP PO 672/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:672**

Id Cendoj: **36038370012022100207**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **846/2021**

Nº de Resolución: **78/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00078/2022

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

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

Equipo/usuario: PG

N.I.G. 36055 41 1 2020 0001176

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000846 /2021

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de TUI

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000387 /2020

Recurrente: Marí Jose

Procurador: CAMILO ENRIQUEZ NAHARRO

Abogado: VICTOR SOLORZANO VAZQUEZ

Recurrido: COFIDIS SA

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº 78/22

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

En PONTEVEDRA, a veintiocho de enero de dos mil veintidós

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000387 /2020, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de TUI, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000846 /2021, en los que aparece



como parte **APELANTE**, Marí Jose , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CAMILO ENRIQUEZ NAHARRO, asistido por el Abogado D. VICTOR SOLORZANO VAZQUEZ, y como parte apelada, COFIDIS SA, sin representación en esta instancia, sobre Procedimiento Ordinario, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Tui, con fecha 05/07/21, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador Sr. Camilo Enríquez Naharro, en nombre y representación de doña Marí Jose contra COFIDIS S.A. y en consecuencia:

1.- Debo declarar y declaro la nulidad por abusiva de la cláusula contractual número 4 referente a la comisión por reclamación del impago o cuota impagada. Condenando a la demandada a reintegrar a la actora todas las cantidades abonadas en virtud de esa estipulación nula, con los intereses desde la fecha en que tuvieron lugar los indebidos cobros; cantidades a determinar en ejecución de sentencia.

2.Asimismo declaro la nulidad del contrato de seguro de amortización y compra protegida, por no superar el control de incorporación y el control de transparencia, Condenando a la demandada a reintegrar al actor todas las cantidades abonadas en virtud de esa estipulación nula con los intereses desde la fecha en que tuvieron lugar los indebidos cobros; cantidades a determinar en ejecución de sentencia.

3. Con desestimación del resto de pretensiones ejercitadas contra la demandada.

4. Sin imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 La cuestión planteada en el recurso de apelación versa sobre la calificación como usurario de un contrato de crédito disponible con tarjeta, en la modalidad conocida como " *revolving*". Como conocen ambas partes, esta sala de apelación, como el resto de órganos provinciales, ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la materia. La sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS, 149/2020, de 4 de marzo, ha fijado doctrina con voluntad unificadora, lo que nos obligó a modificar parcialmente nuestro criterio, tal como ponía de manifiesto la propia demanda. La aplicación de esta doctrina conducirá a la estimación del recurso, porque calificaremos el contrato objeto de litigio como usurario.

2 El contrato fue celebrado el 22.12.2015. En la descripción de hechos de la demanda, el contrato le fue ofrecido a la demandante en un establecimiento de óptica, donde acababa de adquirir unas gafas, como fórmula de financiación del precio, mediante la obtención de un crédito sin interés. La demanda describía las condiciones del contrato, que en todo momento pasaron desapercibidas para la cliente, dadas las circunstancias en las que se desarrolló la contratación. El contrato incorporaba una línea de crédito, y el tipo de interés aplicable variaba en función del saldo pendiente, que si el capital dispuesto era de 6.000 euros alcanzaba una TAE del 24,51%.

3 Con la demanda se acompañaba la contestación a la reclamación formulada por la demandante contra Codifis. De ella, y del propio documento de solicitud del contrato, se toma conocimiento de que, efectivamente, el contrato tenía como finalidad financiar una compra aplazada en un establecimiento de óptica. El contrato, denominado " *contrato de préstamo mercantil con cuenta permanente*", presentaba una doble modalidad: de un lado, a través de un préstamo, el cliente obtenía el aplazamiento del precio de la compraventa, (573 euros, en 19 cuotas de 30,19 euros), y de otro se incluía una línea de crédito, que si se activaba por el cliente, se convertía en la operativa de un crédito revolving, según las condiciones particulares incluidas en el documento contractual. El apartado 5 de las condiciones particulares detallaba el coste del crédito, tal como se describirá más adelante. También se aportaba un extracto de las operaciones efectuadas en la cuenta abierta a la cliente, a 9.6.2020.

4 La demanda pretendía los efectos propios de la declaración del contrato como usurario, con mención del art. 3 de la Ley de represión de la usura: nulidad del contrato y restitución de las cantidades entregadas en exceso sobre el capital dispuesto. Con carácter subsidiario se solicitaba la nulidad de la estipulación sobre intereses remuneratorios por falta de incorporación y de transparencia, con restitución de prestaciones con base en el



art. 1303 del código sustantivo. También se solicitaba la declaración de inexistencia de un contrato anexo de seguro de protección de pagos.

5 Por su parte, la entidad demandada, Cofidis, S.A., solicitó la íntegra desestimación de la demanda. La demandada incidía en el hecho de que, si la prestataria tenía alguna duda sobre el funcionamiento del contrato, pudo contactar directamente con la acreditante. Se alega también que las cláusulas del contrato fueron negociadas, y se explicaba el funcionamiento del crédito revolving. La prestamista sostenía que se estaba en presencia de un crédito al consumo, y que el tipo medio de interés de estas operaciones rondaba el 20%, e invocaba la doctrina sentada en la STS 600/2020, pese a que razona que dicha resolución entendió erróneamente los índices de TAE y de TIN. La contestación también sostenía que se habían superado los controles de incorporación y de transparencia, y se oponía a la restitución de cantidades.

La sentencia de primera instancia.

6 La sentencia estimó parcialmente la demanda. Tras la exposición del resumen de las posiciones de las partes, la sentencia parte también de la STS 200/2020, de 4 de marzo. La sentencia constata que la TAE aplicable a contratos como el que constituye objeto del pleito era, en el año 2015, del 20%, cuando el interés previsto en el contrato alcanzaba en su tramo más alto al 24,51% en función del crédito dispuesto, mientras que en los tramos más bajos era de 15,32%. Por esta razón considera que el interés no resultaba usurario.

7 En su fundamento jurídico tercero, la sentencia analiza la superación de los controles de incorporación y transparencia. Tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre ambas técnicas de control, la sentencia considera que la estipulación sobre interés remuneratorio superaba la incorporación, así como el control de transparencia material, pues la TAE, que identificaba el coste económico del contrato, se destacaba con claridad en el documento contractual. El fundamento jurídico cuarto justifica la decisión de anular la comisión sobre posiciones deudoras, incluida como estipulación cuarta, y la estipulación sobre seguro de amortización. Finalmente, la sentencia opta por la no imposición de costas.

Recurso de apelación formulado por la representación demandante.

8 La demandante reitera en el recurso los argumentos de la demanda atinentes al carácter usurario del préstamo. El recurso subraya que el importe financiado para la adquisición de las gafas fue de 2.000 euros, por lo que la TAE se situaba en el punto más alto de la horquilla prevista en el contrato, de 24,51%. Y dicho interés supera el previsto para operaciones de esta clase en la tabla, que es del 21,13%.

9 Con carácter subsidiario se cuestiona la argumentación de la sentencia sobre superación del control de transparencia.

Valoración de la Sala.

10 Como reconocen ambas partes, la cuestión objeto del proceso en esta segunda instancia ha sido ya resuelta en ocasiones anteriores por este Tribunal. El núcleo del debate queda centrado en la determinación del criterio de comparación entre el interés pactado en el contrato y el interés normal del dinero para operaciones similares, en línea con lo que veníamos argumentando en nuestras resoluciones, en particular en la invocada sentencia de 420/2018, de 26 de noviembre.

11 En dicha resolución dimos respuesta al problema de si el término de comparación para subsumir el contrato en el ámbito del art. 3 de la Ley Azcárate, debía ser el interés previsto como tipo medio para las operaciones de préstamo al consumo, -sea en la fecha de celebración del contrato, sea en sus sucesivas novaciones-, o si, por el contrario, debe operarse con un término más preciso de comparación, referido al tipo de interés medio para contratos de préstamo al consumo en su modalidad de disposición con tarjeta, en particular tras la derogación de la Circular del Banco de España 4/2002 por virtud de la circular 1/2010, que dio entrada a tipos específicos en su estadística para las "nuevas operaciones de préstamo". Allí advertíamos de que la cuestión resultaba polémica en la doctrina y en la jurisprudencia, y optábamos por entender que el índice aplicable era el que sostiene el apelante. Tras precisar las características del producto contratado, consideramos que el elemento de comparación era el tipo fijado por la circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, en la que se especificaron los datos de comparación para los créditos instrumentados a través de préstamos renovables y a través de disposiciones con tarjeta de crédito de pago aplazado. Entendimos así que con esta determinación se había llenado de contenido el elemento de comparación al que aludía la STS de 25.11.2015, -sobre la que argumentaba la sentencia de instancia-, y como quiera que tales índices oscilaban en cifras de TAE próximas al 21%, en aquel supuesto consideramos en aquel caso que una TAE del 26,82% no resultaba notoriamente superior a la media de las operaciones de referencia.



12 Sin embargo, la STS 149/2020, de 4 de marzo, nos obligó a revisar dicho criterio. Esta resolución, adoptada por el pleno de la Sala primera, aclara el sentido de la STS 628/2015, de 25 de noviembre, y en su fundamento jurídico cuarto determina cuál debe ser la referencia del interés normal del dinero en operaciones como la que constituye el objeto del litigio. El razonamiento, -interpretamos-, confirma el que veníamos manteniendo desde este tribunal, en el sentido de que debía acudir al tipo medio de interés correspondiente, o más próximo, a la naturaleza de la concreta operación examinada: el interés medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

13 En el caso examinado por el TS, el tipo medio resultaba "algo superior" al 20% anual, (en el caso examinado por el TS era del 20,9%), y como quiera que este tipo era considerado por el Alto Tribunal, en sí mismo, como muy elevado, cualquier elevación, siquiera en un pequeño margen, podría convertir el contrato en usurario. Tras una referencia genérica al tipo medio y operativa de esta clase de contratos, concertados con consumidores, la sentencia considera usurario el tipo de interés aplicado en el caso, consistente en una TAE del 26,82%, y en un tipo de interés anual del 24%, con base en la consideración de que "...c uanto 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..."; cuanto mayor es el índice de referencia, menor margen tiene la entidad para fijar el interés.

14 En nuestro caso la discrepancia se ha centrado en la TAE del contrato, que la sentencia identifica en un 24,51% en el tramo del contrato aplicable para la cantidad de la que dispuso el cliente, (vid. tabla incorporada a la estipulación 5, "coste del crédito" de las condiciones particulares de la modalidad "cuenta permanente"). El contrato fue concertado en diciembre de 2015. El índice a tomar en cuenta no es el nominal del interés, sino la TAE que incluye cualesquiera pagos que el prestatario debe realizar por razón del préstamo. Para tarjetas revolving, en el año 2015, la tabla correspondiente del BdE fijaba un interés, -TEDR, equivalente a TAE sin comisiones-, del 21,13%.

15 La Sala considera que, con base en los razonamientos empleados por la repetida STS, dicho interés debe ser considerado usurario, pues resulta superior al previsto para este tipo de operaciones en las estadísticas oficiales del Banco de España, que para dicha anualidad determinaba el tipo de interés de nuevas operaciones en 21,13% para tarjetas de crédito y tarjetas revolving. Desde este parámetro, ya de por sí elevado, una TAE del 24,51%, 3,38 puntos superior a la media, resulta notablemente superior. También milita en favor de dicha consideración la referencia al criterio jurisprudencial normalmente utilizado para considerar abusivo el interés de demora, que generalmente toma como referencia la superación en dos puntos más del interés remuneratorio. Tomamos en cuenta también el dato de hecho de las circunstancias en las que se concertó el contrato, en el marco de la financiación de una compraventa de consumo, en unas circunstancias en las que normalmente puede pasar desapercibido al cliente la propia naturaleza del contrato suscrito. Sin descender a técnicas de control articuladas con carácter subsidiario en la demanda, la acción principal debe ser estimada. Este criterio ha sido seguido también por la sección 6ª de este mismo órgano provincial, en sentencia 276/2021, de 24 de junio.

16 En consecuencia, declaramos la nulidad del contrato, de modo que la prestataria habrá de restituir la suma recibida, y si hubiera satisfecho parte, el prestamista deberá devolver lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. Dichas cantidades se determinarán en fase de ejecución, al ser susceptibles de especificación a través de un sencillo cálculo.

17 Las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandante, en aplicación del criterio general del art. 523 procesal. No se efectúa pronunciamiento sobre las costas de la alzada. Procede la restitución del depósito.

Vistos los preceptos citados, y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Doña Marí Jose contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Tui, recaída en autos de juicio ordinario registrado bajo el número 387/2020, resolución que revocamos, y en su lugar acordamos la estimación de la acción principal articulada en la demanda: declaramos la nulidad por usurario del contrato de préstamo y crédito disponible con tarjeta, concertado entre las partes el 29.12.2015, y en su consecuencia condenamos a la demandada a abonar a la actora lo que, teniendo en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. Condenamos a la demandada al pago de las costas de la primera instancia. No se efectúa pronunciamiento en costas en la alzada. Acordamos la restitución del depósito constituido.



Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDO