

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN Nº 1068/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE
ALMUÑECAR
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 265/2018
PONENTE SRA. MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ

S E N T E N C I A Nº 353

ILTOS. SRES.
PRESIDENTE
D^a ANGÉLICA AGUADO MAESTRO
MAGISTRADAS
D^a MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ
D^a MARÍA DOLORES SEGURA GONZÁLVEZ

Granada a 28 de mayo de 2020.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 1068/2019, en los autos de juicio ordinario nº 265/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Almuñécar, seguidos en virtud de demanda de **Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en defensa de su asociado** , representada por la procuradora D^a M^a Jesús Mendiola Olarte y defendida por la letrada D^a M^a Gisela Bernáldez Bretón; contra **Caixabank S.A.**, representado por la procuradora y defendido por la letrada .

ANTECEDENTES DE HECHO


PRIMERO.- Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dña. María Jesús Mendiola Olarte en representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS ("ASUFIN") CIF G-85.769.743, entidad que actúa en defensa e interés de su asociado , contra la entidad bancaria CAIXABANK, y en consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad de las siguientes cláusulas:

-La cláusula que fija el interés de demora: incorporada en la Clausula 10 de las Condiciones Generales de la Contratación, del contrato TARJETA CREDITO REVOLVING documento no 2 y no 3, que establecen un interés moratorio de dos puntos por encima del remuneratorio. En concreto se establece en "al tipo de interés nominal anual que resulte de sumar dos puntos al



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	1/7
 Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==				

resultado de multiplicar por doce el tipo de interés remuneratorio nominal mensual estipulado, con el mínimo del tipo establecido por "La Caixa", para los descubiertos en cuenta". En consecuencia, procede su no aplicación; si bien se seguirán devengando los intereses remuneratorios pactados en tanto no sea saldado el capital prestado.

-La cláusula que fija una comisión por reclamación de impagados: que figura en el contrato TARJETA CREDITO REVOLVING documento no 2 condiciones 2012 del contrato Tarjeta de Crédito Revolving, inserta en la última parte de la condición particular no 10, que remite a la condición general no 3 que a su vez remite a un listado de precio de productos y servicios. Lo mismo ocurre en el documento no 3, condiciones 2017 Contrato Tarjeta de Crédito Revolving, condición particular no 3. En consecuencia procede su eliminación del contrato.

- La cláusula que fija una comisión por disposición a crédito, y servicio de apertura a crédito. Esta comisión solo figura en documento no 3 Condiciones 2017 Contrato Tarjeta Crédito Revolving, pero se le viene aplicando al asociado desde el año 2010. En consecuencia procede su eliminación del contrato.

En consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad demandada La Caixa a abonar al actor las cantidades pagadas por el en aplicación de las cláusulas que han sido declaradas nulas, más el interés legal desde la fecha en que se cobraron.

No se hace expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo e impugnó la sentencia. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 21 de octubre de 2019 y formado rollo, por providencia de 4 de noviembre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 21 de mayo de 2020, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente la Il.tra. Sra. Magistrada D^a MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se ejercita una acción individual destinada a que se declare la nulidad por usura del contrato de tarjeta de crédito 2004 y del contrato tarjeta de crédito revolving. Asimismo, se solicita la nulidad por abusividad y falta de transparencia de las comisiones por posiciones deudoras del contrato de tarjeta de crédito revolving y de la comisión por disposición de crédito de ambos contratos solicitando la condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda, declara la nulidad por abusivas de las cláusulas de intereses de demora, comisiones por posiciones deudoras y por disposición de crédito y excluye la pretensión de nulidad por usura de los dos contratos de tarjeta de crédito suscritos con la entidad.



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	2/7



Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==

Frente a dicha resolución, la parte demandante interpone recurso de apelación alegando la infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, así como incongruencia infrapetita, al no analizarse el sistema revolving de cálculo de intereses, y extrapetita, al declarar la nulidad de los intereses moratorios que no había sido pedida.

La parte demandada-apelada se opuso al recurso interpuesto e impugnó el mismo en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula que fija los intereses de demora.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación, la parte demandante impugna la decisión adoptada en la instancia por la que se niega el carácter usurario del interés remuneratorio aplicado a los dos contratos de tarjeta de crédito suscritos con la entidad demandada.

El marco normativo de la pretensión ejercitada por la actora viene determinado por la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que, en su artículo 1º establece “*Será 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 o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*”.

La Sentencia de pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 628/2015 de 25 de noviembre afirma que 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.”

En esta sentencia se establecen las siguientes consideraciones a tener en cuenta para analizar los requisitos determinantes del carácter usurario del interés remuneratorio pactado en una operación de préstamo:

1.- 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)

2.- El interés con el que se ha de realizar la comparación es el “normal del dinero” no el interés legal, indicando que “*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.)*”.

3.- Adicionalmente se requiere que el interés estipulado sea “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, entendiendo



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	3/7



Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==

que estas circunstancias excepcionales, que deben ser alegadas y probadas por la entidad financiera, están relacionadas con el riesgo de la operación.

La STS 149/2020 de 4 de marzo añade a esta doctrina que “*Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio*”. Asimismo, se incide en la objetividad de la información ofrecida por las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, con lo que se evita que ese “interés normal del dinero” resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

TERCERO.- En el caso de autos, de la documental aportada resulta que en el año 2004 el suscribió un contrato una tarjeta de crédito con la entidad demandada con un límite de crédito de 1.200€, con un tipo de interés por pago aplazado del 2% nominal mensual (TAE 26,82 %) (doc. nº 1 de la demanda). En enero de 2012 se modificaron las condiciones del primer contrato, que quedó resuelto, fijándose un límite de crédito de 3800€ y un interés del 29,83% TAE por pago aplazado, 26,82 % por disposición fraccionada y del 24,60% en caso de compra fraccionada, en cuanto a la firma de pago se estableció una cuota fija mensual de 100€, mínimo del 3% del saldo deudor, siguiendo la dinámica de las tarjetas revolving (doc. nº 2 de la demanda). Finalmente, en marzo de 2017 se vuelven a modificar las condiciones de la tarjeta, ampliándose el límite de crédito a 4000 €, manteniendo los mismos tipos de interés.

La primera de las cuestiones controvertidas es el análisis relativo a si el interés del 26,82 % TAE y hasta el 29,83 % TAE de los dos contratos de tarjeta de crédito era “notablemente superior” al normal del dinero. La parte actora aporta las tablas oficiales publicadas por el Banco de España sobre tipos de interés, activos y pasivos, aplicados por las entidades de crédito desde el año 2013. Por su lado, la parte demandada se limita a incluir en su demanda una relación de tipos aplicables a contratos de tarjetas de crédito de otras entidades, sin ni siquiera mencionar la fuente de esta información.

Siguiendo el criterio mantenido en la reciente STS 149/2020 se debe tomar en consideración la información publicada por el Banco de España, cuya



Código Seguro de verificación: Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	4/7



Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==

objetividad está garantizada al no depender de la voluntad de los operadores financieros.

Conforme a estos datos estadísticos publicados por el Banco de España, la media del TAE de las tarjetas de crédito y tarjetas revolving desde el año 2013 se sitúa en torno al 20% de los créditos al consumo sin que se haya justificado, ni siquiera alegado que en el año 2004 la media del TAE de estas tarjetas fuera mucho menor, por tanto se puede observar como el tipo de interés TAE aplicado en los dos contratos de tarjeta de crédito suscrito por las partes exceden en más de cinco puntos en ambos casos de la media utilizada como criterio de referencia.

La segunda de las cuestiones controvertidas es que el interés estipulado sea “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” atendiendo al riesgo de la operación. La entidad demandada no alega la concurrencia de circunstancias excepcionales en el caso de autos que motiven la aplicación de un interés superior al normalmente utilizado en contratos de similar naturaleza, tal y como se ha acreditado al compararlo con las estadísticas publicadas por el Banco de España respecto a los préstamos al consumo de todos los plazos. La STS 149/2020, partiendo de unos parámetros muy similares a los tipos que son objeto de comparación en el caso de autos llega a la conclusión que *“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.”

En consecuencia, esta sala solo puede declarar el carácter usurario del interés remuneratorio pactado en los dos contratos de tarjeta de crédito suscritos por las partes procediendo declarar su nulidad.

Por otro lado, no es de aplicación al caso de autos la doctrina de los actos propios invocada por la demandada pues no podemos considerar que el silencio suponga en este caso un acto inequívoco de renuncia al ejercicio de la acción que nos ocupa, actuando la actora contra sus propios actos.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación declarando la nulidad de los contratos de tarjeta de crédito suscritos por las partes, condenando a la entidad demandada, en aplicación del art. 1303 CC; al reintegro de lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

Dada la estimación en esta cuestión del recurso de apelación no es preciso analizar los demás motivos de apelación y dada la estimación íntegra de la



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	5/7



Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==

demanda, en aplicación del art. 394.1 LEC, procede imponer las costas a la entidad financiera demandada.

CUARTO.- La parte demandada alega por vía de impugnación la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora, pretensión no deducida por la actora en su demanda y que, en todo caso, no se ajusta al criterio jurisprudencial vigente.

Tal y como establece la jurisprudencia del TS recogida en la sentencia nº 698/2017, de 21 de diciembre "1.- Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (infra petita), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito".

En el caso de autos, de la lectura de los hechos, fundamentos y suplico de la demanda, se colige y así se reconoce por la propia actora en su recurso de apelación, que no se solicitó la nulidad por abusiva de la cláusula que establece los intereses moratorios en ambos contratos, lo que, con estimación de la impugnación, nos debe llevar a dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a esta cuestión.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, dada la estimación del recurso y de la impugnación no procede imponer a las costas devengadas en esta segunda instancia.

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en defensa de su asociado y la impugnación formulada por **Caixabank S.A.** y reformamos la Sentencia de 29 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	6/7



Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==

Instrucción nº 2 de Almuñécar en los autos 265/2018 dejando sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula que fija el interés de demora y, con estimación íntegra de la demanda, se declara la nulidad por usura del contrato de tarjeta de crédito 2004 y del contrato tarjeta de crédito revolving condenando a la entidad demandada al reintegro de lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado con expresa condena en costas a la parte demandada.

No procede imponer a la apelante y a la impugnante las costas devengadas en la segunda instancia acordando devolver a la primera el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, plazo procesal que está en suspenso de conformidad con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que se reanuda y empezarán a contar los veinte días en el momento en que pierda vigencia el Real decreto o, en su casos, las prórrogas del mismo.


Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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 tutela 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."



Código Seguro de verificación:Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ 28/05/2020 13:04:49	FECHA	29/05/2020	
	ANGELICA AGUADO MAESTRO 29/05/2020 08:55:55			
	MARIA DOLORES SEGURA GONZALVEZ 29/05/2020 10:11:23			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==	PÁGINA	7/7
 Fkh7vXSH/L4G+3IiTNQnBQ==				