

Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 263/2023 de 23 May. 2023, Rec. 921/2021

Ponente: García Barros, Justo Manuel.

Nº de Sentencia: 263/2023

Nº de Recurso: 921/2021

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: ES:APS:2023:630

12 min

Si el banco no aporta el contrato de tarjeta de crédito debe presumirse que el interés establecido es usurario

BANCA. Nulidad por usurario de contrato de tarjeta de crédito. Al no haberse aportado por la entidad bancaria el contrato (en el que por exigencia legal debe aparecer el TAE), ni recogerse el mismo en los distintos recibos o extractos, debe presumirse que era superior a lo que se mantiene por la entidad bancaria y superaba el establecido como usurario, pues de otra manera lo lógico era que se hubiera aportado.

La AP Cantabria confirma la sentencia del Juzgado que estimó la demanda de nulidad, por usurario, de contrato de tarjeta de crédito.

TEXTO

SENTENCIA Nº 000263/2023

Presidente Ilmo. Sr.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

Dª. Milagros Martínez Rionda.

D. Justo Manuel García Barros

=====

En la Ciudad de Santander, a veintitrés de mayo de dos mil veintitrés.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 233 de 2021, Rollo de Sala núm. 921 de 2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 Bis de Santander, seguidos a instancia de Dª Fátima contra Banco Santander S.A..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, Banco Santander S.A., representado por la Procuradora Sra. Balén Bajo Fuente y defendido por el Letrado Sr. Luis Sánchez Aramburu; y apelada la parte actora, D^a Fátima, representada por el Procurador Sr. Miguel Ángel Bolado Garmilla y defendida por el Letrado Sr. Rafael Bueno Faundez.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 18 de octubre de 2021 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: "ESTIMAR INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Bolado Garmilla, en nombre y representación de Dña. Fátima, contra BANCO SANTANDER y, en consecuencia:

1.- Declarar nulo, por usurario, el contrato de tarjeta de crédito nº NUM000, suscrito entre la actora y con BANCO SANTANDER, por establecer un interés usurario.

*2.- Declarar que el actor viene obligado, en su caso, a reintegrar, exclusivamente, las cantidades de que hubiera dispuesto, en caso de adeudar alguna, **condenando a la demandada a devolver a la actora todas las sumas que, por cualquier concepto hubiera percibido desde la celebración del contrato, y excedan de las sumas dispuestas, procediéndose a la liquidación en ejecución de sentencia, previa aportación o entrega a la actora por parte de la demandada de todas las liquidaciones de la tarjeta desde el inicio de la vigencia del contrato, ello más el interés legal desde el cobro de cada una de estas sumas, e incrementado en dos puntos desde la sentencia hasta el total pago.***

3.- Imponer a la demandada las costas del juicio".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte actora D^a Fátima interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se comparten los de la resolución recurrida en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen.

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- *Se inició el presente procedimiento por demanda interpuesta por la representación procesal de doña Fátima en la que se ejercitaba una acción de nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito con la entidad Banco Santander S.A., al considerar que el interés remuneratorio pactado era usurario y solicitando los efectos inherentes a tal declaración.*

Subsidiariamente se solicitaba la nulidad por abusiva de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras. La entidad demandada contestó solicitando la desestimación íntegra de dichas pretensiones.

2.- Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa se interesó como prueba la aportación por la parte demandada del contrato de la operación, manifestándose por el Banco que el mismo no aparecía. Se procedió a la valoración de la prueba por escrito y quedan los autos para sentencia, siendo por ello la única prueba practicada la documental aportada con los escritos iniciales.

3.- *La sentencia, de 18 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santander estima la demanda y declara la nulidad del contrato celebrado entre las partes con las consecuencias recogidas en los antecedentes de hecho de esta sentencia.*

4.- *La entidad demandada, Banco Santander S.A., interpone recurso de apelación en el que alega que el interés que se había establecido en la citada tarjeta no es notablemente superior al de mercado por lo que no puede considerarse usurario. Pone de relieve que otros tribunales han mantenido el criterio que ahora recoge.*

5.- La parte actora solicita la confirmación de la resolución de la instancia y condena en costas a la apelante.

SEGUNDO.- Aplicación de la ley de usura (LA LEY 3/1908) y jurisprudencia relativa a la misma.

1.- La Ley de Represión de la Usura (LA LEY 3/1908) de 1908, denominada ley Azcárate es una normativa que ha sido reiteradamente aplicada por los tribunales y ha recobrado fuerza a raíz de varias sentencias del Tribunal Supremo.

En su [sentencia del Pleno de 25 de noviembre de 2015 \(LA LEY 172714/2015\)](#), se mantiene que si bien es cierto que los intereses remuneratorios no pueden ser analizados desde el punto de vista de la abusividad al tratarse de uno de los elementos esenciales del contrato, lo que sí procede es determinar si el contrato puede ser anulado por ser usurario. Así dice que "En este marco, la Ley de Represión de la Usura (LA LEY 3/1908) 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 \(LA LEY 144032/2012\)](#), [113/2013, de 22 de febrero \(LA LEY 13583/2013\)](#), y [677/2014, de 2 de diciembre \(LA LEY 229640/2014\)](#)."

Los principios que se recogían en dicha sentencia eran los siguientes:

i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura (LA LEY 3/1908) (EDL 1908/41), 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, se exija "que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

iii) 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.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". 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 facilitar a las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como "no excesivo" un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del "interés normal del dinero" (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es "notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como "notablemente superior al normal del dinero".

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico."

La dificultad que tenía la referida sentencia era la de establecer el término de comparación que debía utilizarse para considerar usurario el interés que se cobraba.

2.- Es en la [sentencia 149/20 de 4 de marzo \(LA LEY 5225/2020\)](#) cuando el Tribunal Supremo aclara las dudas que se habían planteado por las distintas Audiencias Provinciales relativas a si el término de comparación debía ser el interés medio de las operaciones de crédito al consumo o el más específico de los créditos revolving. En ella se dispone que: "el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente

comparte características la operación de crédito objeto de la demanda". En ella se dispone que una TAE del 26,82% es efectivamente usuraria. y también 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."

3.- En dos sentencias posteriores, como son la [367/22 \(LA LEY 69563/2022\)](#) y [643/22 \(LA LEY 223675/2022\)](#) del 4 de mayo y 4 de octubre respectivamente, nuestro más alto tribunal estableció que no eran abusivos intereses que superaban el 20%, manteniendo que, según los tribunales de instancia que resolvieron esos supuestos, era habitual que las tarjetas revolving superasen incluso el 25%. Este criterio sembró las dudas de los tribunales respecto de los límites que estaban aplicando los mismos para considerar la existencia de contratos usurarios.

4.- Y esto es así porque al no establecerse un criterio aritmético concreto las distintas Audiencias Provinciales habían adoptado soluciones distintas, como se pone de relieve por la parte recurrente en su recurso que refiere que las de Cádiz y Álava consideraban usurarios los contratos que superarían los tipos medios en más de 1/3.

Es conocido a este respecto que por esta Audiencia Provincial se adoptó una unificación de doctrina de fecha 12 de marzo de 2020 en la que se establecía que se considerarían como intereses notablemente superiores al normal del dinero si se producía un incremento del 10% sobre el índice relativo al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito de tarjetas revolving publicadas por el Banco de España. Y que en los contratos anteriores a la fecha en las que se empezaron a publicar las estadísticas respecto de mencionadas tarjetas se tendría en cuenta la doctrina establecida por la [sentencia 628/2015 \(LA LEY 172714/2015\)](#).

TERCERO.- [La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2023 \(LA LEY 12492/2023\)](#).

1.- Con motivo de las discrepancias que se estaban produciendo en los distintos tribunales en la aplicación de la jurisprudencia dictada respecto de las tarjetas y créditos revolving el Tribunal Supremo ha dictado esta sentencia en la que, después de recoger las anteriores, explica en cierta manera los motivos que le llevaron a adoptar las últimas dictadas en el año 2022. Se pone de relieve que en ellas se partía de la información acreditada en la instancia.

2.- Además de ello se mantiene que:

"Respecto de los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como declaramos en la sentencia más reciente 643/2022, de 4 de octubre (LA LEY 223675/2022), en que se cuestionaba un interés del 20,9% TAE, en un contrato de 2001, "es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving". Con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010. Según el boletín estadístico el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32. Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos). Por lo que podemos partir de forma orientativa del índice de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE."

3.- Así mismo se dice que:

"Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero.

La ley española no establece ninguna norma al respecto. El art. 1 de la Ley de Usura (LA LEY 3/1908) (EDL 1908/41), al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado ("notablemente"), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.

Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.[...]"

Después de justificar la decisión que va a adoptar decide que: "En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada [sentencia 149/2020, de 4 de marzo \(LA LEY 5225/2020\)](#), consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales."

4.- En aplicación de la referida sentencia esta Audiencia Provincial adoptó una nueva unificación de criterios con fecha 28 de febrero de 2023 en la que, después de dejar sin efecto la de marzo de 2020, mantiene lo siguiente:

"en relación con los créditos en la modalidad revolving:

1. Para los contratos suscritos a partir del mes de junio de 2010 - instante en que se incorporó el tipo medio de los créditos revolving en el boletín estadístico del Banco de España-, el interés medio relevante será el publicado en cada momento.

2. Para los contratos anteriores, el interés medio relevante será el más próximo publicado en el tiempo, es decir, la información del año 2010.

3. El interés se considerará notablemente superior a la media del interés relevante cuando el pactado lo supere en 6 puntos."

CUARTO.- Aplicación de la normativa y la jurisprudencia al caso concreto.

1.- El problema que plantea este caso es doble. Por un lado se ha puesto de relieve que *la entidad bancaria demandada no ha facilitado a la actora ni el contrato ni los*

recibos detallados o cuadro evolutivo de la deuda que ha sido solicitado tanto extrajudicialmente como en el momento de la audiencia previa.

A este respecto se ha pronunciado ya esta sección en el sentido de que *la no aportación de dichos documentos, a lo que está obligada la entidad bancaria por la Circular 5/12 de 27 de junio (LA LEY 12040/2012), del Banco de España, solo a ella le puede perjudicar ya que por el criterio de facilidad probatoria debía haberlo facilitado cuando se le solicitó, o al menos en el momento que se le requiere en el procedimiento.*

Así en la sentencia de 11 de abril de 2022 se decía que : "Al no haberse aportado el contrato, es inevitable fundar la valoración en el extracto aportado por la parte actora cuya autenticidad no se niega por la demandada, pues identifican los elementos esenciales del crédito en su modalidad revolving - calificación tampoco discutida- durante su vida eficaz. Si otra fuera la realidad, correspondería a la parte demandada asumir las consecuencias de su falta de justificación, en aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria -y su variante, el principio de normalidad-, de acuerdo al [art. 217.7 LEC. \(LA LEY 58/2000\)](#) Recordemos que el principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se encuentra en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de obtención del medio probatorio, como es el contratante mediante condiciones generales que actúa como predisponente."

De la misma manera en las mas recientes sentencias de 30 de marzo y 8 de mayo de 2023 se llegaba a la conclusión de que: "El tribunal estima particularmente relevante el juego de dos circunstancias: el esfuerzo de la parte actora en tratar de obtener el contrato, de un lado, y la existencia de un indicio de su contenido a través de una prueba de su ejecución, del otro, como es la presentación de un extracto liquidatorio de un mes durante la vida del contrato. A partir de ambos elementos, sin que la parte demandada señale otros que hagan suponer que el contenido del contrato -por otro lado, formado presumiblemente por condiciones generales de la contratación de redacción unilateral por la demandada predisponente- era distinto al que se relata en la demanda, debemos aceptar la versión que del contenido del contrato formula la parte actora"

Por otro lado nos encontramos con que *se mantiene por la parte recurrente que el interés aplicado a lo largo del contrato no es usurario ya que si se comparara con los el tipo medio de referencia recogido por el Banco de España no llega a superar los límites jurisprudencialmente establecidos.*

El problema es que la falta de contrato, y por ende de fecha de comienzo del mismo nos impide hacer con seguridad la comparación exigida por la sentencia [de 4 de marzo de 2020 del T.S \(LA LEY 5225/2020\)](#). , en la que se dice que "se debe utilizar el tipo medio de interés en el momento de la celebración del contrato".

Es por ello que dicha falta de aportación nos debe llevar a presumir, en beneficio del consumidor, que la fecha de inicio del contrato era anterior al año 2010, para el que se establecía un tipo medio del 19,23%. Como el TAE que se recoge en el recibo presentado con la demanda, y no ha sido impugnado por la contraparte, es del 25,48 tenemos que el mismo es superior en mas de 6 puntos incluso si se incrementara el índice medio con 20 centésimas por considerar que se trata del TEDR.

Esta TAE es la que ha establecido el Tribunal Supremo como parámetro que se debe tener en cuenta para determinar si existe o no usura.

Pues bien, al no haberse aportado por la entidad bancaria el contrato (en el que por exigencia legal debe aparecer el TAE), ni recogerse el mismo en los distintos recibos o extractos, debemos llegar a la presunción de que el mismo era superior a lo que se mantiene por la recurrente y superaba el establecido como usurario, pues de otra manera lo lógico, lo normal, era que se hubiera aportado.

No ha planteado tampoco la parte demandada ningún tipo de prueba que acredite que existen motivos razonables para acordar un interés tan alto en el presente supuesto, en el que al parecer, y según la propia manifestación del banco, se ha venido pagando correctamente sin que fuera necesario reclamarle en ningún momento.

En consecuencia, se debe mantener el criterio de la Juez de la Primera Instancia de que el interés era usurario y por ende desestimar el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

QUINTO. Costas.

Desestimándose el recurso procede imponer las costas de esta alzada a la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 398 de la LEC. \(LA LEY 58/2000\)](#)

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la [Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#), y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLO

LA SALA ACUERDA: Desestimar totalmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de esta plaza con fecha 18 de octubre de 2021, que se confirma.

Imponemos a la parte recurrente el pago de las costas procesales causadas por la interposición del recurso.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la [Disposición Adicional 15ª LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#).

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

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales \(LA LEY 19303/2018\)](#) y la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.