



Roj: **SAP SO 106/2023 - ECLI:ES:APSO:2023:106**

Id Cendoj: **42173370012023100106**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2023**

Nº de Recurso: **86/2023**

Nº de Resolución: **89/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA BELEN PEREZ-FLECHA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SORIA**

**SENTENCIA: 00089/2023**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

Modelo: N10250

AGUIRRE, 3

**Teléfono:** 975.21.16.78 **Fax:** 975.22.66.02

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MLG

**N.I.G.** 42173 41 1 2022 0002683

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000086 /2023**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SORIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000581 /2022

Recurrente: SANTANDER CONSUMER FINANCE SA

Procurador: MARIA MONTSERRAT JIMENEZ SANZ

Abogado: ALVARO SAN MIGUEL PRIETO

Recurrido: Encarna

Procurador: ANGEL MUÑOZ MUÑOZ

Abogado: CARLOS FERNANDEZ ABELLAS

**SENTENCIA CIVIL Nº 89/2023**

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

Dª María Belén Pérez-Flecha Díaz

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate

=====

En Soria, a treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.



Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los autos de Procedimiento Ordinario N° 581/22, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado SANTANDER CONSUMER FINANCE S.A., representado por el/la Procurador/a Sr/a. Jiménez Sanz, y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. San Miguel Prieto.

Y como apelado y demandante D<sup>a</sup> Encarna, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Muñoz Muñoz y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. Fernández Abellás.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuyo fallo, literalmente copiado dice así:

"Se estima la demanda presentada por el Procurador Don Ángel Muñoz Muñoz, en nombre y representación de Doña Encarna, contra Santander Consumer Finance, S.A., representado por la Procuradora Doña Montserrat Jiménez Sanz, declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre la demandante y la demandada por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad que pudiera exceder del total del capital que le haya presado, tomando en cuenta el total de lo ya recibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que hayan sido abonados por la demandante, con ocasión del citado documento o contrato, según se determine en ejecución de sentencia, con sus intereses legales y con imposición de costas a la demandada."

**SEGUNDO.-** Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil N° 86/23, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. María Belén Pérez-Flecha Díaz.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Interpone recurso la representación procesal de la entidad SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A., contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2023, que estima la demanda interpuesta de contrario por D<sup>a</sup>. Encarna.

La demanda rectora del presente procedimiento solicita la nulidad del contrato de crédito al consumo mediante sistema revolving por considerar usurarios los intereses aplicados y subsidiariamente ejercita acción de nulidad de condiciones generales de la contratación en relación con la cláusula de intereses remuneratorios, sistema de amortización revolving y capitalización de intereses, teniéndolas por no puestas por no superar el control de incorporación y transparencia como condición general de contratación.

La sentencia de instancia estima íntegramente la petición inicial de la demanda y declara la nulidad del contrato por usurario y condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad que pudiera exceder del total del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que hayan sido abonados por la demandante, con ocasión del citado documento o contrato, según se determine en ejecución de sentencia, son sus intereses legales y con imposición de costas.

Frente a dicha sentencia la parte demandada interpone recurso de apelación, alegando la validez del contrato de tarjeta y del tipo de interés remuneratorio: la TAE abonada por el demandante no es notoriamente superior al normal del dinero ni manifiestamente desproporcionada con las circunstancias de caso.

La parte actora se opone al recurso y si bien solicita la confirmación de la sentencia de instancia, subsidiariamente interesa que la Sala se pronuncie respecto de la acción subsidiaria interpuesta en la demanda, todo ello con expresa condena en costas a la parte apelante.

**SEGUNDO.-** Para resolver las cuestiones planteadas en esta alzada, con carácter previo es necesario establecer una diferenciación, puesto que la existencia de usura se centra en la labor de ponderación del tipo de interés, lo que supone un análisis de índole esencialmente económica tomando en cuenta la diferencia entre el tipo objeto de análisis y el índice tomado como referencia, así como otras circunstancias concurrentes, como el perfil de los contratantes. Dicha acción puede ser ejercitada por todo tipo de contratante, con independencia



de su condición o no de consumidor, de tal forma que la consecuencia jurídica anudada a la nulidad por usura se proyecta sobre la validez del contrato en su integridad.

En cambio, la acción de nulidad basada en la falta de transparencia y abusividad tiene por objeto la protección exclusiva de consumidores y está orientada a analizar la comprensibilidad por parte de éstos de la carga jurídica y económica del contrato, así como la posible existencia de un desequilibrio en las obligaciones del contrato originado por el prestamista en contra de las reglas de la buena fe, cuya nulidad tendría como consecuencia su eliminación del contrato, en función del carácter esencial o no de dichas cláusulas.

En el presente supuesto, debemos ya adelantar la inviabilidad de declarar usuarios tales intereses del 26,68 % TAE, ante la reciente doctrina jurisprudencial dictada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 15 de febrero de 2023, que establece en primer lugar:

1) que para identificar cual es el interés normal de mercado para las tarjetas revolving contratadas en la primera década de este siglo, como regla general ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo, que es la desglosada por el Banco de España en 2010.

2) A falta de un criterio legal sobre el margen superior aceptable para no incurrir en usura, ante las exigencias de predecibilidad en un contexto de litigación en masa, el tribunal establece el siguiente criterio: En los contratos de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, el interés es notablemente superior *si la diferencia entre el tipo medio de mercado y el pactado supera los 6 puntos porcentuales*.

Aplicando lo anterior al caso concreto, comprobamos que el tipo medio al tiempo de la contratación para tarjetas revolving en el año 2012 era del 20,90%, por lo que el interés pactado en este caso (26,68 % TAE) no supera los 6 puntos (la diferencia, tal y como expone la sentencia de instancia es de 5,92 puntos), y por tanto no podemos considerarla notablemente superior, ni calificar de usurario el interés, siguiendo la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Lo anterior implica que debemos pronunciarnos sobre la petición subsidiaria de la demanda, reiterada en el escrito de apelación, de nulidad de las cláusulas referidas al interés remuneratorio, sistema de amortización revolving y capitalización de intereses, teniéndose por no puestas, por no superar al control de incorporación y transparencia, como condición general de contratación. En este sentido, debemos dejar despejada la posibilidad de realizar un control de abusividad respecto a la estipulación que fija el interés remuneratorio, pese a que pueda formar parte del objeto principal del contrato.

El TJUE en sentencia de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703, asunto Andricuic) declaró que la exigencia de redacción clara y comprensible se aplica incluso cuando una cláusula está comprendida en el concepto de objeto principal del contrato o en el de adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Declara el TJUE que "las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32)".

También se recoge en la doctrina jurisprudencial sentada por la STS nº 149/2020 (ponente señor Saraza Jimena) en la que, si bien se había ejercitado en aquel supuesto la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario, se afirma con claridad que el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores.

De forma previa, la STS nº 628/2015 había establecido que la normativa sobre cláusulas abusivas no permite aplicar tal control sobre el interés remuneratorio al tratarse un elemento esencial del contrato, siempre que cumpla con el requisito de transparencia, de lo que ya se desprendía, a sensu contrario, que el interés remuneratorio podría ser sometido al control de abusividad si no superaba dicho control de transparencia.

Por ello, en modo alguno podemos afirmar que los intereses remuneratorios escapen a todo control de abusividad, lo que exigirá apreciar el grado de información proporcionada por el prestamista, la redacción dada al contrato incluido el tipo y tamaño de letra, la comprensibilidad de la carga económica que implican las cláusulas relativas al tipo remuneratorio o la propia operativa del crédito, para valorar su eventual falta de transparencia.

Es claro que en el presente supuesto no resulta de aplicación, por ser norma posterior, lo dispuesto en la Orden 699/2020, que regula el crédito revolvente. No obstante, resulta relevante que dicha Orden haga hincapié en la cuestión de la transparencia, reforzando la obligación de informar mediante la inclusión de un nuevo capítulo



III bis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, regulando expresamente la información a proporcionar en lo sucesivo con carácter precontractual e incluso de forma periódica con posterioridad, todo ello con la finalidad de asegurar que tanto antes de prestar consentimiento como durante la vigencia del contrato los clientes comprenden las consecuencias jurídicas y económicas del producto, señaladamente en relación con las condiciones económicas de la operación y el posible nivel de endeudamiento.

En este aspecto, debemos tomar en consideración las propias peculiaridades del crédito revolving, en el 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. Junto a ello, este tipo de operaciones de crédito suele ir destinado a un público que, por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles, no pueden acceder a otros créditos menos gravosos.

El hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones implica que, ante elevados tipos de interés de la cuota de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y largo plazo, y que se calculan sobre el total de la deuda pendiente, siendo un problema añadido en este tipo de tarjetas cuando las cantidades acordadas como pagos mensuales no son suficientes para posibilitar una amortización del principal de la deuda, o incluso ni siquiera para mantener el crédito dispuesto dentro del límite inicialmente autorizado.

**CUARTO.-** Como hemos expuesto, con fundamento en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, resulta exigible que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, también cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

El control de transparencia es un tipo de control reforzado frente al de incorporación y reservado a la contratación entre consumidores.

El control de incorporación o de inclusión busca comprobar que la adhesión se ha producido con mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente. A este particular control se refieren los arts. 5 y 7 LCGC. Tal y como recuerda la STS 564/2020, de 27 de octubre, el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación, y el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

En la práctica se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera resulta necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (sentencias 314/2018, de 28 de mayo, y 57/2019, de 25 de enero). Para cumplir con el art. 7 resulta necesario que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido. El segundo de los filtros del control de incorporación, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

No obstante, si bien el control de incorporación (art. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación) es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, no ocurre lo mismo con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados *con consumidores* (SSTS 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores).



El control de transparencia permite comprobar si el adherente ha podido tener un conocimiento real de las cláusulas, de la información que permita, sin sorpresa, conocer su carga jurídica y económica.

Como control reforzado respecto del control de incorporación, como un plus sobre el mismo, recuerda la antes señalada STS 564/2020, de 27 de octubre, con cita de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matej; y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove), que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

El control de transparencia excluye que, en contratos en los que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Afirmaba el TS en su sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, con cita de la nº 509/2020, de 6 de octubre, que el adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

Lo relevante es que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pueda tener un conocimiento adecuado de la cláusula concreta, cualquiera que fuera el medio por el que adquirió tal conocimiento.

La apreciación de la falta de transparencia no implica de forma automática y necesaria la nulidad de la cláusula por su carácter abusivo, sino que permite el control de su abusividad de acuerdo a los parámetros del art. 83 TRLCU -reformado además por la Ley 5/2019, de 5 de marzo-, esto es, si la cláusula causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato.

La falta de transparencia material sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (SSTS 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; 408/2020, de 7 de julio, 585/2020, de 6 de noviembre y las dictadas con los números 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre).

En tal sentido, el TJUE ha declarado que, una vez apreciada la falta de transparencia, es cuando debe hacerse el juicio de abusividad de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato (por todas, las SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT). La falta de transparencia, en suma, no exime de realizar el juicio de abusividad, lo que permite proyectarlo a los elementos esenciales del contrato (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus).

**QUINTO.-** En el presente supuesto, no cuestionada la condición de consumidora de la parte demandante y que la cláusula de fijación del interés remuneratorio es una condición general de contratación que afecta a un elemento esencial del contrato al configurar el precio del servicio, podrá ser objeto de control de incorporación y también al control de abusividad (art. 8.2 LCGC y art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) cuando no cumpla el requisito de transparencia.

En el presente caso, la solicitud de contrato de tarjeta de crédito se titulaba "Tarjeta Expert Santander Consumer Mastercard", y solo en su forma de pago aparece marcada la casilla "revolving", sin mayor explicación. El formulario de contrato de tarjeta de crédito al que la consumidora se limitó a prestar adhesión, aparece íntegramente pre-redactado por la oferente, en letra muy pequeña, y de su íntegra lectura se desprende que no permite a un consumidor medio descubrir, o ni siquiera intuir, la carga económica que se deriva de las estipulaciones y peculiaridades que rodean al crédito revolving, a diferencia de otras operaciones simples de préstamo; especialmente las que determinan el interés remuneratorio y el sistema o método de liquidación, amortización y pago, siendo un producto que de por sí no resulta de fácil comprensión para el ciudadano medio que no tenga conocimientos financieros, más allá de los tipos de interés que van a aplicarse. Es decir, lo relevante no es que el tipo de interés a aplicar o la T.A.E. resulte claro o determinado, sino que en modo alguno puede llegar a representarse al consumidor la real carga económica que va a suponer para él ese contrato, en clara contravención de las reglas de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causándole un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que derivan del contrato de crédito revolving. Debemos concluir, por tanto, declarando la abusividad de la cláusula que establece la posibilidad de pago aplazado con intereses.

El paso siguiente consiste en determinar si la eliminación de la cláusula referida del contrato permite la subsistencia de éste. En este extremo, dado que en el contrato se ofrece la modalidad de pago total a fin



de mes sin intereses, junto a la modalidad de pago aplazado con intereses, modalidad esta segunda que se considera abusiva, procede la expulsión del contrato de la modalidad de pago fraccionado, quedando obligado el cliente a devolver la cantidad de capital sin intereses.

Junto a ello, puesto que incluso la Sala debe pronunciarse de oficio al respecto, debemos declarar la abusividad de las cláusulas que establecen los intereses de demora, o de las comisiones por impago, por lo que los importes cargados en dichos conceptos en el extracto no podrán ser tomados en consideración para determinar el principal adeudado.

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación debe ser desestimado, y confirmada la sentencia de instancia, aunque por motivos distintos a los argumentados en la misma.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso de apelación determina la imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la L.E.C.

Del mismo modo, con relación a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre, se deberá acordar su pérdida, dándole el destino legal que proceda, al haberse desestimado el recurso de apelación interpuesto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de común y pertinente aplicación

## FALLAMOS

**Que desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Montserrat Jiménez Sanz, en nombre y representación de SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A., contra la sentencia dictada por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria, el día 21 de febrero de 2023, en los autos de juicio ordinario nº 581/22 de ese Juzgado, **debemos confirmar y confirmamos** dicha resolución, aunque no por concurrencia de usura, sino por los motivos expuestos en esta nuestra Sentencia, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Una vez firme esta resolución, se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que proceda, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

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