



[REDACTED] y asistida por el letrado D. [REDACTED] contra D<sup>a</sup> [REDACTED] representada por el procurador D<sup>a</sup> MYRIAN ALVAREZ DEL VALLE LLAVESQUE y asistida por el letrado D. CESAR DURO ÁLVAREZ DEL VALLE y estimando la petición de compensación de la parte demandada debo condenar a la demandante a abonar a la demandada el saldo resultante de 1.177,77 euros, imponiendo a la parte actora las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución apelada en aquello que no se opongan a los de la presente, debiendo sustituirse en lo que necesario.

**PRIMERO.-** En las presentes actuaciones, la entidad "HOI'ST'FINANCE SPAIN S.L." titular del crédito que aquí se reclama por cesión del anterior y previa reclamación en procedimiento monitorio, reclama a D<sup>a</sup> [REDACTED] la cantidad de 6.238,85 €, importe a que asciende el saldo deudor del uso y disposición de la tarjeta de crédito y que se obtiene por los siguientes conceptos: 5.3534,05 € por principal y 884,80 € por intereses remuneratorios. Ha renunciado a reclamar cantidad alguna por comisiones por reclamación de deuda y comisión por disposición en efectivo.

La demandada, primero en el procedimiento monitorio y posteriormente en el declarativo, se opuso a dicha pretensión. Además de oponerse a la validez de la cesión del crédito, alega la existencia de cláusulas abusivas aplicadas para determinar la deuda; en concreto denunció la abusividad de la imposición de comisiones por reclamación de cuotas, y disposición de efectivo y solicitó la declaración del interés remuneratorio abusivo, por usurario y ser de aplicación la Ley de represión de la usura, al fijarse éste en un 24% nominal anual y con un TAE del 26,82%. Así mismo

solicitó la declaración de nulidad de la cláusula que regula las costas y gastos. Simultáneamente formuló reconvención, alegando haber abonado mayor cantidad de la que se le reclama, por lo que planteó compensación de deudas y solicitó se condene a la entidad demandante a abonarle el saldo que pudiera resultar a su favor o la absolución a pagarle cantidad alguna.

Previa desestimación de la falta de legitimación activa, alegada como consecuencia de la cesión del crédito, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda al declarar usurario el crédito origen del procedimiento y estimando la compensación alegada por la demandada condenó a la entidad demandante a abonar a la demandada la cantidad resultante de lo adeudado y lo abonado por su parte. Sustenta dicha conclusión en la declaración del crédito como usurario, por entender de aplicación al caso de lo resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 2.015 y en sentencias de esta Audiencia provincial, obteniendo de ello las consecuencias indicadas de desestimar la demanda y acoger la compensación alegada.

Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación la parte demandada alegando error in iudicando, tanto en la apreciación de la prueba como en la interpretación errónea de la legislación aplicable al supuesto de autos, sosteniendo en esencia que la cláusula que fija el TAE en el 26,82% no resulta nula de pleno derecho, al considerar el interés pactado normal o habitual del mercado. Discrepa de la aplicación que se hacen en la sentencia apelada de la sentencia indicada del Tribunal Supremo al caso aquí analizado e invoca jurisprudencia que entiende es la aplicable al caso y que apoya su tesis. Solicita, se condene a la demandada a abonarle la cantidad de 6.238,85 € y se desestime la compensación alegada.

La demandada se opuso al recurso y solicitó su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada y subsidiariamente, de no considerar usurario el préstamo, se examine los motivos de nulidad alegados al contestar la demanda; en concreto la nulidad del préstamo por falta de transparencia, la nulidad de la cláusulas relativas a las comisiones; la improcedencia de cobro de las cantidades relativas al seguro de protección de pagos y la de la cláusula denominada de "costas y gastos.

**SEGUNDO.-** La primera y esencial discrepancia de la entidad apelante con la sentencia de primera, con base a la que solicita la estimación de su demanda y rechazo de la compensación formulada de contrario, radica en no considerar aplicable al supuesto aquí analizado, la Ley de represión de la Usura y en particular sus artículos 1 y 3, es decir si el tipo de interés remuneratorio fijado puede ser calificado como usurario, con base en dicha normativa.

El planteamiento y alegaciones que formula la parte apelante respecto del interés remuneratorio fijado en el contrato origen de este procedimiento deben rechazarse, en cuanto entendemos que la aplicación que sobre la cláusula que lo fija

en el 26,82 %TAE, hace la Magistrada de primera instancia de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2.015, es correcta y por tanto debe mantenerse la declaración de dicho interés como usurario.

La aplicación de dicha normativa de la Represión de la Usura, al supuesto aquí analizado es acertada y correcta, pues como señala el Tribunal Supremo, las previsiones que en dicha ley se establecen son de aplicación a operaciones de crédito sustancialmente equivalentes a los préstamos al consumo y la operación en que sustenta sus pretensiones la entidad demandante entra dentro de esas operaciones, tal como señalábamos en la sentencia de esta Sección de fecha 30 de diciembre de 2.016 (recurso de apelación 725/2.016) "... por cuanto la contratación de la tarjeta es una forma de instrumentalizar el contrato de préstamo, que le sirve de base y soporte para su entrega y el Tribunal Supremo al considera aplicable la Ley de Represión de la Usura, con base en lo establecido en el artículo 9 de dicha ley, lo hace al interpretar esta ley conforme a las diversas circunstancias sociales y económicas concurrentes y la aplica a toda operación crediticia, que por sus circunstancias, pueda ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo, calificación que encaja en el supuesto aquí analizado desde el momento en que el primer paso para formalizar la relación contractual es cumplimentar la solicitud y una vez recibida ésta, previa verificación crediticia, el Banco abre una nueva línea de crédito, luego a la vista de las condiciones de contratación y circunstancias personales del usuario es claro que nos encontramos ante una operación de crédito al consumo, consideración general que no se pierde por el hecho de que exista una disposición sucesiva de crédito, ni por la posibilidad de optar por el pago aplazado o porque éste se efectúe a través de entidades que no sean las tenedoras de las cuentas a cuyo cargo se pagan ( sistema revolving)".

La aplicación de dicha normativa y criterio jurisprudencial, a operaciones contractuales como la aquí contemplada, ha sido admitida en resoluciones anteriores de esta sección, citadas por ambas partes y es reiteradamente admitida por numerosas resoluciones de diferentes Audiencias provinciales, entre las que cabe citar, a título de ejemplo, las sentencias de esta Audiencia provincial de Madrid, de las Secc12ª-sentencia de 3 de mayo de 2.017 – rec.12/2017-; de la Sec. 11ª de fecha 10 de marzo de 2.017- rec.443/2.016 o auto de la Sec. 9ª de fecha 11 de mayo de 2.017; así como sentencias de la Sec. 7ª de Audiencia Provincial de Asturias de fechas 30 de junio de 2.017 o 21 de diciembre de 2.017 ; de la Audiencia provincial de Cáceres ( sec. 1ª) de 9 y 20 de noviembre de 2.017 y 9 de noviembre, o la de la Sec. 13ª de la Audiencia provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2.017.

**TERCERO.-** Insiste la entidad apelante que el interés remuneratorio pactado del 26,82% TAE, es normal o habitual en el mercado. Tales alegaciones deben rechazarse.

Como sostiene la indicada jurisprudencia y así lo indicábamos en las sentencias dictada por esta Sección el 30 de diciembre de 2.016 y 28 de febrero de 2.017, el término de referencia para determinar el interés normal del dinero, no debe ser el que se practica en un mercado de crédito cualquiera, sino el que se practica en el mercado de las tarjetas de crédito, que ha sido avalado por el Banco de España y tiene peculiaridades, como el número de operaciones afectadas, nivel de riesgo, ausencia de garantías, falta de motivación para la devolución y desproporcionados costes de persecución.

El que este tipo de crédito ofrezca peculiaridades respecto de los préstamos personales, no impide aplicar a los mismos la doctrina que el Tribunal Supremo establece a partir de la sentencia de 25 de noviembre de 2.015, por cuanto la equiparación que allí se hace para justificar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, viene referida a todas las operaciones sustancialmente equivalentes a los préstamos al consumo y, ha de serlo en todos los aspectos o prestaciones que regulan el concreto contrato de que se trate y por tanto, también a los índices de referencia de los intereses, que según el Tribunal Supremo son el de el interés normal del dinero y las circunstancias concurrentes, tal como señala en el fundamento de derecho cuarto apartado 4, de dicha resolución al indicar que "... El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero" y aunque para considerar cual es ese interés normal pueda acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, éstas deben analizarse y valorarse, en concurrencia con las demás circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia".

Por lo que se refiere a las peculiaridades que ofrece este tipo de créditos revolving, las que señala la entidad apelante, no justifican tampoco el establecimiento de un tipo de interés remuneratorio como el aquí aplicado del 26,82 %, que no existe duda es anormalmente alto, en cuanto supera el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo en la época en que se concertó el contrato, que era del 11,50%. La existencia de diferentes productos financieros de crédito al consumo y la peculiaridad que respecto de ellos ofrece la líneas de crédito revolving, no puede justificar ni amparar un tipo de interés como el aquí aplicado y menos aplicando las modificaciones introducidas en el año 2.017, cuando la línea de crédito aquí analizada se concertó en el año 2.011.

Las peculiaridades que señala la apelante referidas al mercado de tarjetas de crédito, hacen referencia esencialmente a la ausencia de garantía, no tenencia de cuenta corriente en la misma entidad prestamista y, en definitiva el mayor riesgo que se deriva para ella, no puede justificar un interés como el indicado, pues, siendo cierto que no se pacta interés moratorio, es habitual, y en el supuesto aquí analizado no se discute, que se concierta un seguro de protección de pagos y a cargo del consumidor o usuario, con lo cual si se concierta una garantía y la soporta el usuario. En todo caso, como también señala el Tribunal Supremo, el que de ello pudiera resultar un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, no puede justificar una elevación del tipo de interés, tan desproporcionado en

operaciones de financiación al consumo como la que existía en el supuesto que contemplaba el Tribunal Supremo, que era el mismo que el aquí contemplado.

Siendo de aplicación al caso, la doctrina de la referida sentencia del Tribunal Supremo y en consecuencia, tomando como referencia el tipo de interés normal del dinero, dicha normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada por la entidad bancaria y si bien no puede equipararse con el "interés legal", tampoco puede hacerse con el "interés habitual", que es en realidad lo que se pretende al señalar como término de referencia el tipo de interés medio establecido para las tarjetas de crédito revolving y respecto de esta situación, también señala el Tribunal Supremo, que la habitualidad o reiteración en la aplicación de un tipo de interés desproporcionado no elimina el carácter usurario que pudiera atribuirse al interés fijado en el caso concreto, en cuanto la reiteración no convierte en razonable y normal, prácticas que por sí son reprobables. A la hora de analizar 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, ha de partirse también, como indica el alto tribunal, 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.

Por otro lado, no se discute en el supuesto aquí contemplado la condición de consumidor de la demandada, lo que pone de manifiesto también que se encuentra en una posición de inferioridad respecto de la demandante y la necesidad de otorgarle una especial protección a fin de garantizar el necesario equilibrio prestacional.

Apreciado el carácter usurario del interés remuneratorio establecido en el contrato objeto de este procedimiento, la declaración de nulidad que hace la sentencia de primera instancia debe mantenerse, en cuanto la misma, no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva ( STS 25 de noviembre de 2.015 ).

En cuanto a las consecuencia que deben extraerse de la nulidad de la cláusula que establece los intereses remuneratorios, las mismas han de ser las que se derivan del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura; de manera que el prestatario deberá devolver tan solo la suma efectivamente dispuesta, sin que pueda verse la misma incrementada con los intereses remuneratorios de la misma, lo que en el supuesto aquí analizado conllevaría, en principio la obligación de la demandada de devolver la cantidad reclamada como principal por importe de 5.354,05 €.

**CUARTO.-** Ahora bien, la demandada formuló reconvencción y solicitó la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, con base en cláusulas que consideraba abusivas y nulas. La necesidad de analizar el carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato o la nulidad de éste, se deriva tanto de la expresa alegación que de ello hizo el demandado, como de la obligación de actuar de oficio que impone al órgano judicial la normativa comunitaria, así como la nacional protectora del derecho de los consumidores y usuarios, cuando, como ocurre en el supuesto aquí analizado, el litigio se sustenta en una contratación celebrada entre un profesional del sector bancario o financiero y un consumidor.

La sentencia de primera instancia, partiendo del carácter usurario del préstamo y admitiendo una liquidación aportada por la demandada, según la cual la demandada adeudaría por principal, 10.378,30 € y ha abonado 11.556,07, reconoce el derecho de ésta a recuperar 1.177,77 €, que es la cantidad que entiende ha abonado indebidamente con base a las cláusulas que declaró nulas, tanto la de intereses remuneratorios, en cuanto éstos son usurarios, como las abonadas por comisiones y cobro de cantidades relativas al seguro de protección de pagos que considera nulas.

Dichas apreciaciones y pronunciamiento deben mantenerse.

Por lo que se refiere a la nulidad de las cláusulas que regulan las comisiones y al seguro de protección de datos ( respecto del que solo se menciona a la hora de regular la imputación de pagos, la nulidad que aprecia la sentencia de primera instancia debe mantenerse, por cuanto de la forma en que se reflejan las mismas en el contrato de solicitud de tarjeta de crédito se pone de manifiesto que las mismas no superan el doble control de transparencia e incorporación exigibles, al encontrarnos en un contrato celebrado por un profesional y un consumidor y ello por cuanto a parecen redactadas de forma confusa y de difícil comprensión y sobre todo son claramente generadoras de un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Por otro lado, consideradas esas cláusulas nulas en la sentencia de primera instancia, la entidad apelante, aunque reitera su solicitud de estimación de la demanda, no articula motivo de impugnación alguno respecto de dicha declaración de nulidad

En consecuencia, considerados los intereses remuneratorios usurarios, procede reconocer el derecho de la demandada a recuperar lo abonado por dicho concepto, sin que proceda incrementarse la misma con los intereses especiales de la LCC, al derivarse el derecho a recuperarlos de la Ley de represión de la usura como señala la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la recuperación de las cantidades abonadas por comisiones de cobro y de disposición de efectivo, la entidad demandada, ya en el procedimiento monitorio renunció a la reclamación por el concepto de comisiones de cobro, por lo que no procede reconocer el derecho de la demandada a recuperar cantidades alguna por ese concepto al no constar haya abonado cantidad alguna por dicho concepto, a pesar de que en la sentencia se consideren las mismas nulas. Sin embargo, sí procede

reconocer el derecho de la demandada a percibir la cantidad de 243,25 € reclamada por pago de comisiones de disposición en efectivo, en cuanto declarada nula dicha cláusula en la sentencia de primera instancia, nada se formula en contra de dicha decisión en el recurso interpuesto por la entidad demandante y de la liquidación aportada por la demandada se constata que efectivamente se abonó dicha cantidad, liquidación que aunque presentada por la demandada fue elaborada por la demandante y no ha sido impugnada en este procedimiento.

Por lo que se refiere a la cantidad reclamada por cobro de cantidades abonadas por el seguro de protección de datos, al igual que lo indicado anteriormente, declarada nula la cláusula accesoria del contrato que la establece, ningún motivo de impugnación se formula al respecto, por lo que debe reconocérsele el derecho de la demandada a recuperar el importe de 1.426 €.

En consecuencia, siendo procedente la compensación acordada en primera instancia y ajustándose el importe en que se fija la misma a la prueba aportada por las partes, la decisión final de condenar a la demandante al pago de la cantidad de 1.177,77 euros debe mantenerse, al haber resultado la misma acreditada.

Dicha cantidad devengará tan sólo los intereses procesales establecidos en el artículo 576 de la LEC, en cuanto no reconocidos intereses de dicha cantidad en la sentencia de primera instancia, tal pronunciamiento no ha sido impugnado.

**QUINTO.-** Respecto de las costas procesales, el pronunciamiento que al respecto la sentencia de primera instancia no ha sido impugnado y siendo además ajustado a las previsiones que establece el artículo 394 de la LEC, debe mantenerse. Por lo que se refiere a las causadas en esta segunda instancia, al desestimarse el recurso de la entidad apelante, se imponen a dicha parte apelante, conforme señala el artículo 398.1 de la LEC.

Al desestimarse el recurso procede acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al amparo de lo establecido en la Disp. Adicional 15ª de la LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

**SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la representación procesal de la entidad HOIST FINANCE SPAIN S.L., contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Madrid, dictada en los autos de Procedimiento Ordinario, seguido bajo el nº ■■■■■ 20126, la cual **SE CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE**.

Todo ello con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACION:** Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal**, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz nº 43 de Madrid.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

