



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6
PONTEVEDRA
SENTENCIA: 00440/2019

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000323 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000712 /2018

Recurrente: WIZINK BANK, S.A

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado: MARIA LOURDES GALVE GARRIDO

A Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, composta polos maxistrados D. _____, Presidente, D. _____ e D. _____, pronunciou

NO NOME DO REI

a seguinte

S E N T E N Z A N° 440/19

Vigo, vinte de setembro de dous mil dezanove.

VISTOS en grao de apelación, ante a Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra, os autos do xuízo Ordinario 712/18 procedentes do Xulgado de 1ª Instancia Núm. 1 de Vigo ós que correspondeu o rolo 323/19, nos que aparece como parte **apelante e demandada WIZINK BANK S.A., representada polo/a procurador/a D./D.ª _____ e asistida do/da letrado/a D./D.ª Mª _____, e como parte contra da que se apela e demandante D./D.ª _____, representada polo/a procurador/a D./D.ª _____ e asistida do/da letrado/a D./D.ª LOURDES GALVE GARRIDO.**

É o maxistrado **relator** D. _____, quen expresa o parecer da Sala.

I. ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro: O Xulgado de 1.^a Instancia Núm. 1 de Vigo, con data do 15 de marzo de 2019, ditou unha sentenza coa seguinte parte dispositiva:

“Estimando en su integridad la demanda promovida por la representación de _____ contra Wizink Bank S.A., debo declarar y declaro que nulidad por usurario del contrato de tarjeta concertado en fecha 2 de febrero de 2004; condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 4.509'08 euros, más intereses legales, y al pago de las costas procesales.”

Segundo: Contra a dita sentenza o/a procurador/a D./D.^a _____, en representación de WIZINK BANK S.A., presentou un recurso de apelación, que foi admitido en ámbolos efectos, consonte o disposto no artigo 455 da Lei de axuizamento civil (LAC).

Logo de cumpri-los trámites legais, eleváronse as presentes actuacións á Audiencia Provincial de Pontevedra e correspondéronlle por quenda de reparto a esta Sección Sexta con sede en Vigo. Sinálase para a deliberación do presente recurso o día 19 de setembro de 2019.

II. FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: A sentenza ditada en primeira instancia estima a demanda, declarando a nulidade por usurario dun contrato de tarxeta de crédito “revolving”, concertado o día 2 de febreiro de 2004, no que estipuláronse uns xuros remuneratorios cun TAE do 24,71 %. E recorre esta decisión o Banco prestameiro demandado, interesando a desestimación da demanda cun dobre argumento, por unha banda, que os xuros non son notablemente superiores aos normais ou acostumados no eido financeiro para as operacións deste tipo, nin desproporcionados coas circunstancias do caso, e por outra, e dito en resumo, que sería aplicable a doutrina dos actos propios. En último termo, estima que a contía da suma que se lle condena a devolver é errada. Pois ben, analizamos as tres formulacións coa necesaria separación.

Segundo: Na sentenza desta Sala de data 19 de xullo de 2019, con cita de doutrina xurisprudencial, e moi especialmente na



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

sentenza do Tribunal Supremo de 25 de novembro de 2015, deixábase sentados os seguintes principios.

En primeiro lugar, na determinación da usura o punto referencial son os xuros remuneratorios, e non os moratorios, sen prexuízo de que estes últimos tamén se tomen en consideración, pero como un puro factor máis no análise do conxunto contractual. Ou dito doutra maneira, a declaración de usura non pode basearse no dato obxectivo, do importe dos xuros moratorios (sentenza do Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 , con cita e comentarios das de 2 de outubro de 2001 , 4 de xuño de 2009 e 26 de outubro de 2011, así como das de 7 de maio de 2002 e 2 de decembro de 2014). En expresión literal da primeira sentenza " no obstante, en algún caso tamén se han reputado usurarios los intereses moratorios, pero no aisladamente considerados, sino como un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios, el tipo de tales intereses remuneratorios, etc".

En segundo termo, na indagación da usura a comparativa ten que efectuarse co xuro "normal do diñeiro". Como reseña a sentenza do Tribunal Supremo de 25 de novembro de 2015 "el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés " normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia " (sentenza núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse 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.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) n° 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no

financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada". Por outra banda, e como proclama este tribunal de apelación na sentenza de 2 de maio de 2019 "cumple decir que la práctica habitual no puede considerarse desde la perspectiva de la ley de Represión de la Usura una justificación para eludir la norma, pues se requiere una especial circunstancia asociada al prestatario que lo justifique".

En terceiro lugar, e dado que o artigo 315, párrafo segundo, do Código de Comercio dispón " reputarase xuro toda prestación pactada a favor del acreedor ", a porcentaxe que ten que tomarse en consideración para determinar se o xuro é notablemente superior ao normal do diñeiro non é o nominal, senón a taxa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración calesquera pagamentos que o prestameiro debe realizar ao prestamista por razón do préstamo, conforme a uns estándares legalmente predeterminados.

En cuarto lugar, a expresión préstamo debe entenderse no senso amplo e abarcante advertido pola propia Lei, que no artigo 9 reseña que " o disposto por esta Lei aplicarase a toda operación substancialmente equivalente a un préstamo de diñeiro, calesquera que sexan a forma que revista o contrato e a garantía que para o seu cumprimento se tiver ofrecido". E engade a doutrina xurisprudencial que " la flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo".

En quinto lugar, e malia que no eido xurídico non está permitido xeralmente empregar criterios puramente éticos, o Tribunal Supremo utiliza en certa medida ese prisma, que conxugado cos dous elementos obxectivos anteriormente relatados, e, en fin, coas circunstancias de cada caso concreto, servirán para decidir. A usura "se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación..." (sentenza de 18 de xuño de 2012). As propias expresións da lei, de "manifestamente desproporcionado coas circunstancias do caso", "en condicións tales que resulten leoninos" , ou se xa, sen conmutación prestacional,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

en unión das de "situación angustiosa, inexperiencia ou limitación das facultades mentais", son claramente indicativas da necesidade dun comportamento do prestameiro, que aproveitándose do principio de liberdade de contratación (artigo 1255 do código civil), o contratante prestamista, coas condicións que impón ao prestameiro, termina alonxándose non só dos criterios estrictamente de xustiza, senón tamén da honestidade e do xuicioso.

E en sexto e último lugar, a entidade prestamista non pode escudarse na fixación do quantum dos xuros remuneratorios na existencia dun risco de impagamento desta clase de créditos, puramente xeralizado e abstracción feita do caso concreto, facendo pesar sobre prestameiros cumpridores incumprimentos estranos á concreta operación crediticia concertada. Ou como lembra a sentenza de 25 de novembro de 2015 "... sobre la base del 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". E froito diso é que recae sobre a entidade prestamista a carga da proba, en cada caso concreto, dos riscos graves, fundados e certos que rodeaban á operación efectivamente emprendida. E neste senso non cabería equiparar, por exemplo, a concesión da tarxeta de crédito para un non consumidor, que podería utilizala como un instrumento de crédito empresarial, e cuns límites dispositivos elevados, que a un consumidor que emprega a tarxeta para os seus usos persoais e cun límite de disposición cativo ou menor.

Terceiro: O eixo fundamental sobre o que a parte apelante fai xirar o seu discurso, ao negar a condición de usurario do préstamo litixioso, estriba en que, no seu paracer, para determinar se estamos ante xuros notablemente superiores aos normais do diñeiro, non cabe acudir, por razóns de especificidade, ás estadísticas de xuros para as operacións de consumo, senón para as tarxetas de crédito propiamente ditas. Sen embargo, non resulta ser este o criterio seguido pola sentenza do Tribunal Supremo de 25 de novembro de 2015. En efecto, esta resolución califica explicitamente a operación como "de crédito ao consumo", e remítese expresa e elocuentemente ás estadísticas dos tipos de xuros que as institucións financeiras monetarias aplican aos depósitos e

aos préstamos fronte "aos fogares e ás sociedades non financeiras". Consecuentemente, e se atopámonos ante unha relación de consumo, non cabe predicar a especificidade que se postula a prol das estadísticas dos xuros para as tarxetas de crédito. Abundamos sobre este último extremo.

Cuarto: Con independencia de que a parte recorrente en ningunha paraxe do escrito de apelación pon realmente en entredito a calidade de consumidor da parte demandante, nin que atopámonos ante unha operación de consumo (tan só sostén a preferencia das estadísticas para os xuros nas operación con tarxeta de crédito), non existe dúbida, en todo caso, de que estamos ante unha relación comercial daquel tipo. Efectivamente, e en primeiro lugar, se examinamos os xustificantes bancarios achegados ao proceso, coleximos claramente que as disposicións do actor, titular da tarxeta, son para pagamentos de partidas puramente persoais (compras en diversos establecementos alimentarios ou de roupa, pagamentos a restaurantes, pagamentos de recibos, pagamentos de peaxes de autoestradas...), ou de retiradas de cartos de caixeiros automáticos, todos de contía pequena, e non para outros fins, ou de contía significada, máis propias das actividades empresariais, nunca referenciadas nos extractos. Por outra banda, e por se algunha dúbida quedara -que non resta-, a mesma esvaécese polo propio texto do regulamento da tarxeta de crédito, cando no seu punto 9 reseña que o TAE calcularase conforme ao establecido no Anexo I da Lei 16/2011, de contratos de crédito ao consumo (folio 28 por exemplo). Pois ben, ante este contexto de consumo, o punto estadístico referencial dos xuros remuneratorios debemos buscalo nesa esfera tal como, por outra banda, insistimos, proclama a sentenza do Tribunal Supremo de 25 de novembro de 2015.

Quinto: Coincidimos coa sentenza ditada en primeira instancia ao estimar usurarios os xuros de lite, e iso polas seguintes razóns: A) Estamos ante un TAE do 24,71 %, mentres que para as operacións de consumo (a través de tarxeta de crédito) o TAE era para o mes de febreiro de 2002 do 8,21%. A diferenza é notable e abultada. B) Non existen circunstancias no caso concreto (que é o que debemos considerar conforme á xurisprudencia citada), que xustifican os xuros estipulados. En efecto, e aínda que atopámonos ante unha liña de apertura de crédito de carácter persoal ou sen outras garantías, persoais ou reais, non é menos certo: Primeiro, que o titular da tarxeta dispón de vivenda en propiedade. Segundo, que declara percibir uns ingresos brutos anuais de 36.000 euros, e os da súa dona, que alcanzan os 59.000 euros, igualmente brutos. Todo segundo o impreso de solicitude da tarxeta no que menciónanse estes datos, que non son postos en entredito pola



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

parte hoxe recorrente. Terceiro, que o Banco fai un análese crediticio e de solvencia previo e concreto en cada caso para abrir a liña de crédito (punto 2 do regulamento). Cuarto, que a entidade bancaria resérvase o dereito de reducir o límite inicial do crédito (punto 5 do regulamento), podendo así relativizar os posibles riscos. Quinto, que ningunha denuncia invoca o Banco apelante sobre o comportamento irregular ou moroso do demandante, ao longo dunha relación negocial de máis de catorce anos. E sexto, que do exame dos extractos bancarios se deduce que o demandante nunca realizou unha operación de alto risco coa tarxeta de lite, igualmente durante ese dilatado período de tempo.

Estamos en definitiva ante uns xuros usurarios, tal como xa proclamamos en casos substancialmente idénticos, e nos que era precisamente parte o actual demandado (sentenza de 24 de maio de 2019, cun TAE do 24,71%“, para un contrato do ano 2005; sentenza de 23 de maio de 2019, cun TAE do 26,82 % (ou do 24,60%), no ano 2007; ou sentenza de 2 de maio do mesmo ano, cun TAE do 23,90 %, para o ano 2002).

Sexto: O demandado recorrente afirma que a doutrina dos actos propios impediría, en todo caso, estimar a demanda de nulidade do contrato por usurario. En discurso do mesmo, o coñecemento e aceptación por parte do actor de todos os cargos e liquidacións que se lle foron efectuando durante anos, sen reserva nin protesta de ningún tipo, implicaría un acto desa natureza, sanador da nulidade contractual propugnada. Máis a argumentación carece de consistencia xurídica dado que, tal como xa declaramos na sentenza de 19 de xullo de 2019: A) Conforme á sentenza do Tribunal Supremo de 29 de marzo 2016 "esta Sala ha dicho ya en numerosas ocasiones, para descartar que nos encontremos ante una infracción de la teoría según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer dicha situación confirmatoria". B) O instituto dos actos propios non resulta compatible con aqueles supostos de nulidade absoluta, dun comportamento do prestameiro contrario ás normas imperativas (comúns e protectoras do consumidor), e dun obrar do cliente, pasivo e inercial, cando non de mera ignorancia e pura tolerancia (sentenzas do Tribunal Supremo de 4 de xuño de 1992, 31 de xaneiro de 1995 , 12 de febreiro de 1999 e 25

de outubro de 2000). En definitiva, e nun contexto de usura, o coñecemento e consentimento por parte do cliente acreditado das liquidacións cuxos extractos lle eran remitidos periodicamente, de xeito ningún pode convalidar o xuro remuneratorio establecido, sendo como é obrigada a sanción establecida na Norma para os créditos calificados segundo ela de usurarios, de nulidade absoluta, e non de mera anulabilidade, sanción que salientada pola xa tantas veces citada sentenza do Tribunal Supremo de data 25 novembro 2015 , comporta unha ineficacia do negocio radical, absoluta e orixinaria, e que en canto tal non admite convalidación confirmatoria porque é fatalmente insubsanable afectando a mesma á totalidade do convenio .

Sétimo: Na tese do recorrente, a cantidade a devolver non sería a de 4.509,08 euros, tal como determina a sentenza de instancia, senón a de 4.144,25 euros.

O motivo do recurso non se acepta. E é que achegado pola parte actora un extracto de movementos da relación negocial, expedido polo propio demandado, e que este último non impugnou, no mesmo figuran unhas disposicións que se elevaron a 15.069,39 euros, e uns pagamentos de 19.578,47 euros, co que o saldo favorable a aquela primeira é a reseñada na sentenza apelada sen que, en derradeiro lugar, o recorrente xustifique debidamente a súa liquidación alternativa.

Oitavo: Non apreciamos que concorra algunha circunstancia de excepción para non aplicar o criterio xeral do vencimento obxectivo, que para as custas procesuais desta alzada sanciona o artigo 398 da L. A. C..

Por todo o exposto, e pola autoridade que a este Tribunal lle outorgan a Constitución e o pobo español,

III. DECIDIMOS

Que rexeitamos o recurso de apelación formulado por WIZINK BANK S.A. representada polo Procurador Sr. a sentenza ditada polo Xulgado de 1ª Instancia nº 1 de Vigo o día 15 de marzo de 2019, con expresa imposición das custas procesuais desta alzada á parte apelante.

Esta é a nosa sentenza, que asinamos, e que se redacta en galego consonte o establecido no art. 3.2 e 3 da Constitución española; no art. 5.1, 2 e 3 do Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril; e



nos arts. 1, 2, 6.3, e 7.2 e 3 da Lei 3/1983, do 15 de xuño, da Comunidade Autónoma de Galicia, de normalización lingüística.

Notifíqueselles ás partes a presente resolución.



MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra a presente sentenza cabe interpoñer recurso de casación por tratarse dun proceso que presenta interese casacional, sobre a base do establecido no art.º 477 da LEC, debendo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art.º 479 da LEC. Asímesmo cabe interpoñer recurso extraordinario por Infracción Procesual sobre a base do establecido no art.º 468 da LAC, debendo interponer dentro dos vinte días seguintes a súa notificación na forma establecido no artº 479 da LAC.

Devólvanselle os autos orixinais ó xulgado do que proceden, cun testemuño desta sentenza para o seu coñecemento e cumprimento.