

SENTENCIA NÚM.:707/2019

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS
DON
DON
DONEn Valencia a tres de junio de
dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON , el presente rollo de apelación número 002247/2018, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000342/2018, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a WIZINK BANK S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales don/ña , en virtud del recurso de apelación interpuesto por WIZINK BANK S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE VALENCIA en fecha 18 de julio de 2018, contiene el siguiente FALLO: "*Que ESTIMANDO la demanda formulada a instancia de D. que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales Sr. L contra que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales WIZINK BANK SA que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales Sr. DEBO DECLARAR Y DECLARÓ la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes por ser por usura en la condición general que establece el interés remuneratorio por lo que la mercantil **WizinkBank**, S.A. deberá proceder a la devolución de los **intereses remuneratorios** mientras que el demandante sólo estará obligado a entregar el principal que ha dispuesto con imposición de costas a los demandados.*"

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por WIZINK BANK S.A., dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en

las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. interpuso demanda contra la entidad WIZINK BANK SA para que se declarase la nulidad el contrato de crédito mediante tarjeta “revolving” por usurario o subsidiariamente la nulidad por falta de transparencia y/o abusividad del pacto de fijación del interés retributivo, el pacto de modificación de condiciones del contrato y el de comisión por impagados, condenando a la demandada por tal declaración a los efectos restitutorios.

La entidad demandada contestó y se opuso a la demanda.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia estima la primera acción al concurrir usura en el contrato de tarjeta de crédito condenando a Wizink Bank a reintegrar los intereses remuneratorios mientras que el actor debe restituir el principal dispuesto.

La entidad demandada interpone recurso de apelación por concurrir un error tanto en la apreciación de la prueba como en la interpretación de la legislación aplicable, en concreto en los artículos 1 y 3 de la Ley de Usura; 2º) Cumplir el pacto de remuneración la transparencia siendo cláusula eficaz y ser el clausulado del contrato legible y comprensible, solicitando la revocación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia por otra que desestime la demanda.

La parte demandante interesó la confirmación de la sentencia, expresando también ad cautelam la causa de la falta de incorporación y de transparencia material del pacto de retribución del préstamo.

SEGUNDO.El primer motivo del recurso de apelación se sustenta en atacar el carácter usurario del contrato de crédito “revolving”, fijado en la sentencia a tenor del interés remuneratorio pactado 26,82 % (TAE), porque el Juzgado Primera Instancia no toma como referencia los TEDR (en vez del aplicado, TAE media ponderada de los créditos al consumo) publicados por el banco de España.

La motivación del Juez apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/2015 y de Audiencias Provinciales, fija el precio normal del dinero teniendo presente el índice publicado por el Banco de España para los TAE en créditos al consumo (9.11 %) por lo que concluye que resulta desproporcionado con el normal del dinero.

La Sala va a mantener el criterio del Juzgador y no estima que concurra error en su decisión, pues es un dato transcendental la fecha en que se celebra el contrato, 1/10/2012.

Conforme al artículo 1 y 2 de la ley de Azcárate para que pueda ser calificado el préstamo de usurario resulta necesario que la retribución sea además de notablemente superior al normal del dinero “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”.

En el supuesto ahora enjuiciado conforme al reverso de la única hoja del contrato y con

grandes dificultades para ser visto y leído (luego trataremos sobre tal cuestión de lleno en la transparencia) narra “ 4. *Coste del préstamo e intereses. Importe máximo 60.000. Plazo máximo 120 meses. Tipo de interés anual máximo 24 %. TAE máximo 26,82%*”

No es objeto de discusión que el TAE publicitado para operaciones de crédito al consumo para el año 2012 es de 9,11 % anual, por lo que con tal dato no solo el interés retributivo fijado en contrato es notoriamente superior al normal del dinero para operación de consumo (dos veces y medio superior) como lo es el contrato analizado, sino además, resulta desproporcionado para dicho negocio, y por ende concurre su calificativo de usurario.

La parte apelante entiende que no es ese el normal del dinero para las operaciones sino el fijado para tarjetas de crédito de pago aplazado y por tanto es el índice 20,64 anual que es solo seis puntos inferior al pactado y ya no resulta desproporcionado.

Ahora bien, de la propia documentación aportada por la demandada en su pliego rector-documento 6- contestación (si bien para otro procedimiento) del Banco de España, expresamente, sobre los índices de tipos de intereses remuneratorios medios que las entidades financieras ofrecen en caso de tarjetas revolving, se establece que la norma aplicable es la Circular de 5/2012 de 27 de junio de Banco de España, apostilla que las definiciones epigrafiadas en tal Circular (A.2.5 y A.2.6) cuya información determina la publicación y estadística del índice, vemos que no coinciden con la operación referida (dado que aquellas delimitan a créditos de hasta 6.000 euros en tarjeta de crédito para adquisición de bienes de consumo o 4.000 euros en tarjetas de crédito cuando no se está vinculada a la adquisición de bienes de consumo y con apertura de cuenta en la cantidad) y aquí, si bien de la condición general 5 no se concreta límite de disposición en cambio de la expuesta supra estamos en hasta 60.000 euros (el documento 6 de la demandada Reglamento de Tarjeta WIZINK de 2016, es por razones obvias temporales inaplicable y el documento 5 Informe normalizado de crédito a consumo, no lleva firma del actor ni de su emisor. Además se certifica que el índice publicado lo fue por primera vez respecto al último trimestre del año 2012 y el contrato ahora enjuiciado es de 1/10/2012.

Por tales circunstancias el apoyo o índice alegado por la demandada apelante no resulta aplicable al caso de autos, pues no se ajusta a la clase de operación propia concertada entre los litigantes y procede mantener la comparación efectuada por el Juzgador con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/2015.

Además, la Sala advierte que para tal desproporción no hay justificación alguna y que en todo caso esas circunstancias excepcionales las debió acreditar la parte demandada, no constituyendo tales como ya advirtió el Tribunal Supremo en la meritada sentencia ni el carácter de “revolving” ni que las garantías de cobro sean menores.

Procede ratificar la decisión del Juzgado Primera Instancia.

TERCERO. La Sala además, si bien el Juzgador no ha entrado a su examen, pero fue causa de pedir en la demanda e incluso la parte apelante la invoca en su dos últimos motivos del recurso y la aprte apelada en su pleigo d eoposición también indica su aplicación, sobre el cumplimiento de la transparencia, debe también concluir que en el caso presente la transparencia formal raya por completo por su ausencia.

El control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC, es aplicable a cualquier contrato en

que se utilicen condiciones generales de la contratación. El artículo 5.1 párrafo segundo de la Ley Condiciones Generales de la Contratación dice que “No podrá entenderse que ha habido aceptación a la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el pre-disponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de la misma”. Por otro lado, el artículo 7 apartado a) del mismo texto legal sanciona con su falta de incorporación las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato.

El control de incorporación, asentado en la reglamentación de la buena fe, implica la verificación del cumplimiento de la normativa de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto a fijar que dicho pacto ha sido incorporado correctamente (es decir, con cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la ley 7/998) y que –además- no vulnera los límites legales de todo contrato por negociación, cuales son la ley, la moral y el orden publico conforme al propio imperativo del artículo 1255 del Código Civil, amén de la normativa sectorial bancaria, Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención e entidades de crédito y del Código de Comercio, para evitar situaciones de abuso contractual.

Si el fin y fundamento de la misma en aras a cumplir lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no es otro que el adherente conozca sobradamente dicha condición general, cualidad que al caso no es dudoso de manera alguna ostentar, dado que está en el reverso del contrato, dentro de un clausulado totalmente pre-impreso y pre-redactado, pero incumple las condiciones de claridad por varias razones.

En primer lugar porque la retribución del préstamo no está en el anverso de la única hoja principal donde consta la firma del consumidor. Se narran en el mismo unas condiciones particulares concertadas de forma telefónica y en el reverso que están grabadas y nada de ello se ha aportado.

El reverso es harto difícil de visionar y leer, necesitando a tal fin el Tribunal de elementos auxiliares de reproducción de tamaño de la letra tipográfica, para encontrar el pacto de retribución y poder tras tal rastreo, localizar y concretar el interés retributivo que además dado ser desproporcionadamente alto, conlleva una clara intención del pre-disponente de que no sea captado por el adherente, en este caso consumidor, a quien en tal tesitura, pasa por completo inadvertido, quebrando precisamente el fundamento y fin de las exigencias legales que reglamenta la forma de contratación seriada.

Tales infracciones a la norma imperativa de la contratación seriada determinan igualmente la nulidad de ese pacto con la misma consecuencia práctica que la fijada por el Juzgador en su sentencia al acoger la primera acción.

CUARTO. La desestimación del recurso de apelación conlleva imponer las costas de la alzada a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, por cuanto antecede,

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Banco Wizink Bank SA contra la sentencia dictada en fecha de 18/7/ 2018 por el Juzgado Primera Instancia 1 Valencia en proceso ordinario nº 342/2018, confirmamos íntegramente dicha resolución, imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante con la pérdida del depósito constituido para recurrir

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.