

# AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00325/2020

**Recurrente:** D.  
Procuradora: D<sup>a</sup>.  
Abogada: D<sup>a</sup>. MARÍA LOURDES GALVE GARRIDO

**Recurrido:** WIZINK BANK, S.A.

## SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña

Doña

Don

En A Coruña, a 13 de octubre de 2020.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 227-2020** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 24 de enero de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del **Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 445-2019, siendo parte:

Como **apelante**, el demandante **DON** ,  
mayor de edad, vecino de Ferrol, con domicilio en  
, provisto del documento nacional de identidad número 32 628 461 V, representado

por la procuradora de los tribunales doña \_\_\_\_\_, y dirigido por la abogada doña María-Lourdes Galvé Garrido.

Como **apelado**, el demandado “**WIZINK BANK, S.A.**”, con domicilio social en Madrid, calle Ulises, 16 y 18, con número de identificación fiscal A-81 831 067, que no se personó ante esta Audiencia Provincial.

Versa la apelación sobre nulidad de contrato de tarjeta *revolving* por usura.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Sentencia de primera instancia.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 24 de enero de 2020, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *«FALLO: Se estima parcialmente la demanda formulada por la procuradora Sra.*

*\_\_\_\_\_*, en representación de D. \_\_\_\_\_, contra la entidad “Wizink Bank, S.A.”, representada por la procuradora Sra. \_\_\_\_\_, declarando la nulidad por abusividad de la comisión de impagos del contrato litigioso, debiendo abonar cada una de las partes las costas de este procedimiento causadas a su instancia y las comunes por mitad.

*Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que la resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados a partir del siguiente a su notificación.*

*Por exigirlo así la disposición adicional decimoquinta de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la interposición del recurso contra esta resolución exige la constitución del depósito de 50 euros mediante ingreso en efectivo, en cualquier sucursal de Banco Santander, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, expediente \_\_\_\_\_ . El depósito de la expresada suma deberá ser acreditado al interponer el recurso, a cuyo escrito se adjuntará copia del resguardo o de la orden de ingreso, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. Están exceptuados de la obligación de*

*constituir el depósito quienes tengan reconocido en el procedimiento el derecho de asistencia jurídica gratuita.*

*Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo».*

**SEGUNDO.- Recurso de apelación.-** Presentados escritos interponiendo recursos de apelación por don \_\_\_\_\_, así como por “Wizink Bank, S.A.”, se dictó resolución teniéndolos por interpuestos, y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Presentados los escritos de oposición, por la representación de “Wizink Bank, S.A.” se solicitó que se le tuviese por desistido del recurso, con devolución del depósito constituido.

Se constituyó por don \_\_\_\_\_ un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Por decreto 18 de mayo de 2020 se tuvo a “Wizink Bank, S.A.” por desistida del recurso, mandando devolver el depósito constituido.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 16 de junio de 2020, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.- Admisión del recurso.-** Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 19 de junio de 2020, siendo turnadas a esta Sección Tercera el mismo día, registrándose con el número 227-2020. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 8 de septiembre de 2020 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

**CUARTO.- Personamientos.-** Se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora de los tribunales doña \_\_\_\_\_ en nombre y representación de don \_\_\_\_\_

, en calidad de apelante, para sostener el recurso. No habiéndose personado “Wizink Bank, S.A.”, por el letrado de la Administración de Justicia se acordó que no se le notificaría ninguna resolución, salvo la que pusiera fin al recurso.

**QUINTO.- Señalamiento.-** Por providencia se señaló para votación y fallo el día de hoy, en que tuvo lugar.

**SEXTO.- Ponencia.-** Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don , quien expresa el parecer de la Sección.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Fundamentación de la sentencia apelada.-** No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.- Objeto del litigio.-** La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 23 de marzo de 2005 don suscribió una solicitud de concesión de tarjeta de crédito tipo *revolving*, que según dice le fue ofertada en un centro comercial, con la entidad Citibank (actualmente “Wizink Bank, S.A.”). Se establece un tipo de interés del 24,71% TAE, más comisiones por reclamación de cuotas impagadas o disposición en efectivo.

2º.- Don vino usando esta tarjeta hasta el 21 de septiembre de 2014. El tipo de interés aplicado fue de un 24% TAE.

3°.- Don                    formuló demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra “Wizink Bank, S.A.” en la que, tras exponer las vicisitudes de la contratación y el uso dado a la tarjeta, y alegar fundamentación legal, suplicaba que se declarase:

(a) La nulidad del contrato referido por usura.

(b) «Subsidiariamente a la anterior, nulidad por falta de transparencia y/o abusividad de cláusula de fijación de interés remuneratorio y composición de pagos del contrato».

(c) Se supone que subsidiarias a las dos anteriores, la «nulidad por abusividad de la cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato y de comisión de impagados».

4°.- “Wizink Bank, S.A.” se opuso alegando que los tipos de interés aplicados eran los habituales de mercado en este tipo de tarjetas.

5°.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia en la que tras rechazar las pretensiones de usura y la primera petición subsidiaria, estimó parcialmente la demanda en cuanto a la «abusividad de la comisión de impagados». Contra dichos pronunciamientos inicialmente se alzaron ambas partes.

6°.- Una vez admitido a trámite el recurso presentado por “Wizink Bank, S.A.”, a medio de diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2020, por dicha entidad se presentó el 28 de abril de 2020 otro escrito desistiendo del recurso. Por diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2020 se emplazó a las partes para ante esta Audiencia Provincial, y acto seguido, por decreto de la misma fecha, se resolvió tener por desistido a “Wizink Bank, S.A.” de su recurso de apelación, con devolución del depósito constituido, y sin pronunciarse sobre las costas.

Es objeto de la presente resolución exclusivamente el recurso de apelación presentado por don

**TERCERO.-** *La nulidad del contrato por usura.*- Reitera la parte apelante su planteamiento de nulidad del contrato por usura, invocando la doctrina contenida en la

sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, si bien insistiendo en la comparación de los tipos de interés con el habitual para los préstamos al consumo.

El motivo debe ser estimado aunque por otras razones:

1º.- La doctrina establecida por el Pleno de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias 149/2020, de 4 de marzo (Roj: STS 600/2020, recurso 4813/2019) (posterior a la sentencia de primera instancia y a los recursos) y 628/2015, de 25 de noviembre (Roj: STS 4810/2015, recurso 2341/2013) puede sintetizarse en los siguientes términos:

(a) La usura.- El artículo 1º de la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908, también conocida como Ley Azcárate establece que *«Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*

*Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».*

Distinguiendo así el precepto entre lo que tradicionalmente se ha referenciado como contratos usurarios, leoninos o falsificados. En lo que aquí afecta, ateniéndonos al primer párrafo del precepto, para que una operación crediticia pueda ser considerada usuraria basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso: *«que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».*

(b) El interés.- El interés a tomar en consideración es la Tasa Anual Equivalente, no el interés nominal pactado, pues aquel se calcula considerando la totalidad de los pagos a realizar por el prestatario, lo que se acomoda al dictado del artículo 315 del Código de Comercio, formando parte de la contraprestación todo lo que se abona al prestamista por su préstamo.

La comparación se hace con el tipo medio del interés en el momento de la celebración del contrato.

El término de comparación, el interés «normal» del dinero, puede determinarse acudiendo a los informes estadísticos del Banco de España, no siendo término de comparación acertado el interés legal del dinero.

En el caso de las tarjetas *revolving* es correcto acudir como término de comparación a las estadísticas que actualmente publica el Banco de España para los créditos a través de tarjetas, y no la genérica de crédito al consumo.

La cuestión no es si el interés es «excesivo», sino si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

«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. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.»

(c) Las circunstancias del caso.- Si se alega la concurrencia de circunstancias que justifiquen una estipulación de interés notablemente superior al habitual en operaciones crediticias similares, deberán acreditarse, pechando con la ausencia de prueba el prestamista, conforme a lo regulado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También se evaluarán otras circunstancias que suelen concurrir en este tipo de tarjetas de crédito rotativo:

(i) El público al que suelen ir destinadas: personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos.

(ii) Las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente.

(iii) Las cuantías de las cuotas poco elevadas en comparación con la deuda pendiente, lo que genera:

1) Se alarga anómalamente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas.

2) Los pagos mensuales se distribuyen en una elevada proporción para pago de intereses y poca amortización del capital.

3) El prestatario se puede convertir en un deudor «cautivo», pues en ocasiones no llegan ni para saldar los intereses, por lo que los intereses restantes y comisiones se capitalizan para devengar nuevo interés remuneratorio. Simplemente: Nunca llega a pagar la deuda, sino que cada vez aumenta más.

«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, en ocasiones con técnicas de comercialización agresivas 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».

(d) Las consecuencias.- Conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley Azcárate «*Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida...*». La nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, comporta una ineficacia del negocio que es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insanable, ni es susceptible de prescripción extintiva. Dicha nulidad

afecta a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, de que ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, lo que determina que el prestatario haya de devolver la cantidad efectivamente recibida, y para el caso de que se hayan abonado algunos intereses por razón del préstamo, los imputa directamente al capital sin prever su reducción a un tipo distinto y adecuado a la naturaleza del negocio [SSTS 539/2009, de 14 de julio (Roj: STS 4672/2009, recurso 325/2005) y 628/2015, de 25 de noviembre (Roj: STS 4810/2015, recurso 2341/2013) de Pleno]. Por lo que:

(i) Si el prestatario no ha devuelto aún todo el capital percibido, sin computar ningún tipo de interés o comisión, solamente estará obligado a pagar la diferencia que reste hasta amortizar la cuantía efectivamente obtenida.

(ii) Si el prestatario realizó pagos que superan al capital que recibió:

1) Si ejercitó la acción de usura, o reconvino ejercitándola, el prestamista será condenado a devolver el exceso.

2) Si se invoca como mera excepción frente a la reclamación del prestamista, se desestimará esta pretensión, deteniéndose ahí el pronunciamiento.

2º.- Al haberse aplicado un tipo de interés del 24%, debe calificarse de usurario el contrato, por lo tanto declararlo nulo. Lo que así asumió voluntariamente “Wizink Bank, S.A.” que consignó ante el Juzgado el exceso sobre el capital dispuesto por don

**CUARTO.- Costas.-** Al estimarse íntegramente la petición principal de la demanda, no procede entrar en el análisis de las subsidiarias. Estimación que conlleva la preceptiva imposición de las costas de primera instancia al demandado (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al prosperar el recurso no procede imponer las devengadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**QUINTO.- Depósito del recurso.-** Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de

julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

## **FALLO:**

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

**1º.-** Estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandante **don** \_\_\_\_\_, contra la sentencia dictada el 24 de enero de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 445-2019, y en el que es demandado **“Wizink Bank, S.A.”**.

**2º.-** Revocar la sentencia apelada; y en su lugar, con estimación total de la demanda, se acuerda:

**(a)** Declarar la nulidad por usura del contrato de tarjeta *revolving* concertado por el demandante con la causante de la demandada el 23 de marzo de 2005.

**(b)** Condenar a “Wizink Bank, S.A.” a devolver a don \_\_\_\_\_ el exceso que haya podido percibir sobre el capital efectivamente prestado, sin computar ningún tipo de interés o comisión.

**(c)** Condenar a “Wizink Bank, S.A.” al pago del interés legal sobre la cantidad a devolver, a contar desde la presentación de la demanda, con aplicación del tipo de interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la presente resolución.

**(d)** Imponer a “Wizink Bank, S.A.” las costas ocasionadas en la primera instancia.

3º.- No imponer las costas devengadas por el recurso de apelación.

4º.- Acordar la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora de los tribunales doña \_\_\_\_\_ por el importe del depósito constituido.

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se

presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la “cuenta de depósitos y consignaciones” de esta Sección, en la entidad “Banco Santander, S.A.”, con la clave para el recurso de casación, y con la clave para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

**6º.-** Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol.

Así se acuerda y firma.-

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don , en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-