

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE DONOSTIA -
UPAD CIVIL**

**DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 5 ZENBAKIKO
EPAITEGIA - ARLO ZIBILEKO ZULUP**

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 198/2019 - D

SENTENCIA N.º 65/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D.

Lugar: Donostia / San Sebastián

Fecha: dieciséis de abril de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE:

Abogado/a: D./D.^a

Procurador/a: D./D.^a

PARTE DEMANDADA WIZINK BANK S.A.

Abogado/a: D./D.^a

Procurador/a: D./D.^a

OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. _____, en nombre y representación de Dña. _____, se presentó el 19 de febrero de 2019 una demanda de juicio ordinario contra WIZINK BANK S.A., en ejercicio de una acción de nulidad de contrato de préstamo sin garantía inmobiliaria por usura, y por falta de transparencia y/o abusividad de diversas cláusulas, entre ellas de la del tipo de interés remuneratorio y composición de los pagos, y solicitando el dictado de una sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y por ello se declare:

A.- Declare la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre la parte demandada por existencia de usura

B.- Subsidiariamente a la anterior, nulidad de las siguientes cláusulas por falta de transparencia y/o por abusividad: cláusula de fijación de interés remuneratorio del contrato y composición de pagos del contrato, así como la nulidad de cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato y de comisión de impagados.

Y en consecuencia que se condene a la demandada a:

1.- La restitución de los efectos dimanantes del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad sea declarada con devolución recíproca de tales efectos.

2.- A pagar los intereses del art. 576.1 LEC

3.- Al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida, mediante decreto de 26 de febrero de 2019, emplazándose a los demandados para que comparecieran, bajo apercibimiento de ser declarados en rebeldía, en otro caso, y si les conviniera, contestaran la demanda en plazo de veinte días.

TERCERO.- La contestación de la demandada WIZINK BANK S.A. se produjo en tiempo y forma, bajo representación del Procurador Dña. , con solicitud de desestimación íntegra e imposición de costas a la parte actora, lo que así se tuvo por contestado por diligencia de ordenación del día 3 de Mayo de 2019 siguiente, convocando para la celebración de la audiencia previa.

CUARTO.- Se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, la cual tuvo lugar el día señalado, ratificando ambas partes sus respectivos escritos iniciales y dándose cumplimiento al resto de previsiones legales. Recibido el pleito a prueba, se admitió la que consta en el acta y la grabación levantadas a tal efecto, convocando a las partes para la celebración del juicio.

QUINTO.- Con carácter previo a la celebración del juicio las partes se mostraron conformes en que quedarán los autos vistos para sentencia sin necesidad de celebración de vista, formulando previamente sus conclusiones por escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante solicita la declaración de nulidad del contrato de celebrado conforme se relata en la demanda, describiendo la forma en la que se produjo la contratación e invocando su condición de consumidor en relación con el contrato concertado.

A estos efectos, continúa el relato de la parte demandante, se firmó con BANCO CITIBANK (ahora WIZINK) un contrato de "crédito revolving". Posteriormente con la creencia de tener una tarjeta de crédito a precio de mercado y cuyos pagos siempre incluirían la reducción del capital pendiente, la demandante utilizó la tarjeta en diversas ocasiones, sin advertir ni el tipo de interés desproporcionado, ni el mecanismo de capitalización de intereses de la tarjeta, todo ello enmascarado bajo la falta absoluta de información clara sobre lo que pagaba cada mes y el coste real de la financiación, aparte de la confusión generada por los diversos cambios en la posición del acreedor.

Por otro lado se describe el clausulado del contrato y sus datos básicos, refiriendo que se compone de Condiciones generales de la contratación, conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril, por cuanto fueron impuestas por la parte demandada, siendo predispuestas y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que exista negociación

individual de las mismas. El resumen de condiciones del contrato de fecha 5 de marzo de 2012, es el siguiente:

- TAE inicial/actual del contrato: 26,82% y 27,24% según Wizink.
- Cuotas flexibles que capitalizan intereses (revolving): SI
- Facilidad de crédito sin límite máximo cuantitativo
- No requiere cuenta abierta en la entidad.
- Usada para ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO.

Se añade la siguiente información:

- La tasa media ponderada de todos los plazos (TAE) de créditos al consumo publicado por el Banco de España a la fecha del contrato: 9,57%.
- El tipo de interés legal del año del contrato es del 4%.

La demandante señala los siguientes hechos como fundamento de su pretensión, en relación con la contratación realizada y negando lo que sigue:

- 1.- Que la iniciativa de contratación fuera del consumidor
- 2.- Que hubiera negociación individual de las cláusulas del contrato, ni explicación alguna de la interrelación y efectos de las cláusulas ni de su repercusión en el coste mensual.
- 3.- Que la entidad entregara copia del contrato a la parte demandante en el momento de la firma, limitándose a decir que se lo remitiría por correo ordinario una vez validado por su central. Tampoco se le leyó antes de la firma, ni se le dejó tiempo para la lectura del mismo.
- 4.- Se niega que el documento 5, Información Normalizada Europea tarjeta CitiBank haya sido entregado, visto, leído o firmado por la demandante. Y en concreto se niega que dicho documento formara parte físicamente de la solicitud del contrato.
- 5.- Que se explicara el TAE aplicado, ni su comparación con los tipos de interés oficiales publicados en ese momento. Que se explicara que el sistema de elección de cuotas puede conllevar la recapitalización de intereses en la deuda.
- 6.- Que la entidad bancaria facilitara al demandante la información completa, clara y comprensible sobre la naturaleza, contenidos y obligaciones del contrato.
- 7.- Que la información de las cláusulas que componen el precio puedan ser leídas naturalmente a la vista de ser humano.
- 8.- Que la demandante comprendiera el alcance económico ni jurídico de las cláusulas más allá de tratarse de una tarjeta flexible en cuanto a las cuotas a pagar, con un tipo de interés que se prometió muy bajo.
- 9.- Que la entidad efectuara un informe de riesgos de solvencia o personales de la demandante (actualmente establecido por el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de créditos al consumo).
- 10.- Que las circunstancias de solvencia o personales de la demandante se hayan alterado significativamente desde que suscribió el contrato.
- 11.- La entidad no ha venido remitiendo al cliente los extractos periódicos de los

movimientos y cargos del contrato, ni ha informado de las variaciones unilaterales del contrato que ha venido efectuando.

La demandante refiere haber presentado una reclamación al Servicio de Atención al Cliente de la parte demandada, a raíz de la aparición de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. La respuesta de la demandada vino acompañada de una "solicitud de contrato" y no de una copia del mismo, no constando las condiciones particulares y resultando ilegibles las condiciones generales. Se adjuntaron además condiciones de la tarjeta de crédito "Wizink" que son posteriores al tiempo de la contratación analizada.

Actualmente, señala la demandante, se ha liquidado totalmente el crédito. Refiere la demandante que tras una primera disposición de dinero, se le han ido cargando cuotas mensuales, que fueron atendidas con la creencia de que el interés abonado era próximo al legal. Los cargos aumentaban según aumentaba el importe del capital dispuesto. Sin embargo también el capital aumentaba cuando la cuota no cubría la totalidad de los intereses, a través del efecto "revolving" de capitalización de los intereses, del que no se informó a la demandante, cuando se le dio la opción de modificar las cuotas mensuales. Nunca se le informó de que el exceso de intereses que no quedara cubierto por la cuota, aumentaría la deuda.

Se denuncia por la parte actora que tampoco se le avisó de forma clara del tipo de interés que se le cobraría, dándose a entender que era poco más que el interés legal. También se han hecho cargos periódicos por intereses, así como diferentes comisiones por disposición de efectivo y reclamación de impagos.

Expuestos los anteriores aspectos fácticos, continúa la parte demandante señalando que procede la declaración de nulidad total del Contrato por resultar usurario, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, antes mencionada. En síntesis, el TAE descrito antes para compras y para disposiciones en efectivo. La demandante denuncia que dicho interés infringe la Ley de 23 de julio de 1908 de la Usura, entendiéndose que se trata de un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Continúa la argumentación de la demandante, sobre la base del texto legal y la sentencia del Tribunal Supremo citados y con cita de posteriores Sentencias de distintas Audiencias Provinciales.

Concluye la demandante de dicho análisis, que la TAE del contrato impugnado, es "notablemente superior" a los intereses usados en operaciones equivalentes a la fecha de la contratación, conforme a la TAE media oficial para créditos al consumo publicado por el Banco de España, siendo como se ha dicho, que la del contrato que nos ocupa era del 26,82% inicial y 27,24 posteriormente

Se alega asimismo que la TAE impugnada podría entenderse usuraria puesto que es más del doble de la TAE media histórica de créditos al consumo en España (que se señala como del 9,57% en 2013), y también supera desproporcionadamente la diferencia media histórica entre TAE e interés legal (que es de 5,062 puntos de diferencia anual).

Subsidiariamente se pretende que en caso de que el contrato de préstamo se mantuviera sin declararse totalmente nulo, sí que se declarara la nulidad de las cláusulas que componen el

precio del mismo, por no superar ni el control de incorporación ni el de transparencia.

Se destaca así que la tarjeta Revolving es un producto financiero complejo y no un crédito al uso, siendo así que cuando los intereses devengados exceden de la cuota "flexible" contratada, esos intereses en exceso se suman a la deuda incrementándola y devengando más intereses, sin una correcta explicación al consumidor al respecto. La calificación como "producto complejo" ha venido definida así por el propio Banco de España.

La demandante impugna las cláusulas que determinan el precio del contrato como se delimitan por el art. 6 de la Ley 16/2011 de 24 de julio.

En primer término la demandante refiere que la baja calidad del documento contractual puesto a su disposición por la demandada, impide conocer con exactitud la cláusula que contempla los intereses remuneratorios y composición de los pagos del contrato de tarjeta. Deduce la demandante que es la que consta en el Anexo, siendo transcrita con una nueva formulación en la actual versión del Reglamento aportado por la propia demandante, existiendo significativas diferencias de redacción, también en su aspecto material, entre ambos documentos contractuales (la versión de Wizink, y el documento contractual suscrito por la demandante).

En segundo lugar, se hace referencia a la ilicitud de la cláusula de intereses y composición de los pagos por no superar el control de incorporación. De nuevo se recalca la ilegitimidad del contrato, en cuyo reverso se contienen en una sola cara todas las condiciones que regirán el crédito al consumo. Su formato y tamaño de letra, así como el modo de contratación con la demandante, siendo condiciones generales impuestas y no negociadas, provocan que no superen un elemental control de incorporación.

Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de la incorporación conforme a los arts. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, así como el art. 7, así como los requisitos previstos en el art. 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. Si bien no resulta aplicable su apartado b) hasta el 13 de junio de 2014 ha de considerarse como suficientemente inspirador de la protección al plano físico de la accesibilidad y legibilidad del documento.

En definitiva el elemento esencial del contrato, esto es el precio, es considerado ilocalizable por la demandante. El contrato no resulta concreto ni claro, ni sencillo. No se destacan los elementos principales, y el coste final no resulta evidente. El elemento principal destacado es la flexibilidad en los pagos, lo cual oscurece el precio real a pagar. Las cláusulas no están en orden lógico, sino que existen numerosas redirecciones a cláusulas apartados y anexos. No es posible comprender de forma directa cuanto pagará el consumidor y cuanto de lo que paga irá a amortizar la deuda. La letra, colores y tamaño utilizados, dificultan la lectura. Así el contrato original tiene un tamaño de letra inferior al milímetro y medio.

En tercer lugar se denuncia por la demandante que la cláusula de intereses remuneratorios y composición de los pagos es ilícita por no superar el control de transparencia. Se parte de entender que el interés remuneratorio forma parte esencial del contrato por lo cual queda fuera del control de abusividad, pero no se le excluye del control de transparencia de la LCGC 7/1998 de 13 de abril y con cita de la jurisprudencia del TJUE alrededor del art. 4.2 de la

Directiva 93/13.

La demandante refiere que no llegó a comprender ni la cláusula del tipo de interés que se aplicaría, ni la cláusula del método de distribución de amortización e intereses del contrato, así como sus variables y consecuencias económicas. Y tanto el TAE finalmente incorporado como la amortización de tipo "revolving" forman parte del precio del contrato. Cita la demandante la STS de 9 de mayo de 2013, que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, incluso aunque se refiere a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. Por ello solicita la demandante que se valore la nulidad del contrato desde el punto de vista del control del contenido, que se traduce en la imposibilidad de la demandante, en el momento de la contratación, y con la información que se le dio, de comprender la carga económica y jurídica del contrato, con un efecto de desequilibrio.

Considera la demandante que la forma en la que se verificó la contratación, lo fue rápidamente y sin tiempo a reflexión, fuera del establecimiento de la demandada, usando técnicas agresivas de venta y considerando que la tarjeta revolving es un producto complejo según el BCE. Se sostiene que la falta de transparencia ha generado un perjuicio y desequilibrio de modo que si la parte actora hubiera conocido y comprendido las características completas y reales de la operación y sus consecuencias, no hubiera contratado.

Subsidiariamente se solicita también en caso de mantenimiento del contrato, la declaración abusividad de otras cláusulas y la ineficacia de las mismas, si se considerase que no forman parte del precio del contrato, como cláusulas que deben considerarse abusivas por infracción del art. 80 y concordantes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios.

Se refieren en este sentido las siguientes cláusulas:

- La Cláusula de variación unilateral de las condiciones del contrato. Se considera que supone una vulneración del art. 82.4 del TRLGDCU en sus apartados a), b), c) y e), sin que existan "motivos válidos" conforme prevé el art. 85 del mismo texto legal.

- La Cláusula de Comisión de Impagados. Se considera que estas comisiones vulneran el art. 82.4 del texto refundido antes referido, en sus apartados a), b), c), d), e) y f). En concreto entiende la demandante que este tipo de comisiones carecen de causa que las justifique conforme prevén los arts. 1274 y 1275 del Código Civil. En general en relación con estas cláusulas, la demandante continúa citando los principios rectores de aplicación previstos en el art 82 del TRLGDCU y su interpretación jurisprudencial.

SEGUNDO.- La demandada se opone a la pretensión ejercitada de adverso alegando en esencia lo que sigue:

En primer lugar se hace referencia a las tarjetas de crédito WIZINK así como sus características y utilidades. Igualmente se describe tanto el inicio del procedimiento de

contratación, a través de la solicitud de la tarjeta, la verificación de la calidad crediticia del solicitante, así como el posterior envío de la tarjeta y activación por el cliente. También se hace referencia a los extractos mensuales que se remiten a los titulares de las tarjetas WIZINK.

En relación con el contrato del demandante, se afirma que durante los 6 años que el contrato ha estado en vigor el demandante ha dispuesto de un total de 2.032,83 euros, ha abonado un total de 3855,11 euros, sin adeudar cantidad alguna. Así consta en los cuadros de movimientos de la tarjeta que se aportan junto con la contestación a la demanda.

Denuncia la demandada que el demandante no es una persona que contratase por ignorancia o desconocimiento sobre las condiciones o el funcionamiento del producto o que lo hiciese forzado por encontrarse en una situación de angustia o de necesidad.

En cuanto a la fundamentación jurídica contenida en la contestación a la demanda, la parte demandante alega que el tipo de interés cobrado por el banco desde el momento de la contratación de la modalidad del pago aplazado no es ni mucho menos notablemente superior al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito revolving, como es la tarjeta titularidad de la parte actora.

Así cita el demandado las conclusiones del informe COMPASS LEXICON, para establecer la distinción del término de comparación del interés normal del dinero, que no es el del mercado de referencia, siendo el mercado de las tarjetas revolving.

Desde mayo de 2010, el Banco de España publica la media ponderada de las T.E.D.R. cobradas por las entidades financieras en los saldos de los contratos de tarjeta de crédito de pago aplazado, término de referencia que si es exacto al del producto que nos ocupa. Se concluye así de los datos del Banco de España, que la media de la T.E.D.R, de los tipos de interés aplicados a los saldos de los contratos de tarjeta de crédito de pago aplazado en los últimos cinco años es del 20,87%. Se citan los datos de otras fuentes y publicaciones.

Se añade la cita de jurisprudencia que defiende que el tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato suscrito por la demandante en modo alguno puede tildarse de "notablemente superior" al aplicable al tipo de operación de que se trata.

Se justifica la existencia de estos tipos de interés en el tipo de operación y arriesgado mercado en el que se aplican, referido a un elevado número de operaciones de crédito de pequeños importes que se conceden para favorecer el consumo de personas físicas, con una elevada tasa de morosidad, debiendo ser estas las circunstancias del caso a considerar para determinar la naturaleza usuraria del interés examinado.

TERCERO.- A la vista de las posiciones de las partes, resulta lógico comenzar por el análisis de la acción ejercitada por la parte demandante, dirigida a declarar la nulidad total del contrato de tarjeta impugnado, por aplicación de la normativa de represión de la usura. Como se ha expuesto ya arriba, esta denuncia la nulidad del interés remuneratorio invocando su carácter usurario, por lo que se insta la nulidad del contrato conforme a Ley de Represión de la Usura de 23-7-1908 (LEG 1908, 57), por ser aquél "notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado en relación a las circunstancias del caso", con la consecuencia legal de la

restitución de los efectos dimanantes del contrato declarado nulo con devolución recíproca a tales efectos.

En esencia frente a esta alegación de nulidad concreta, la demandada, defiende el carácter no usurario del interés remuneratorio pactado, pues es el habitual en el mercado para las tarjetas de crédito "revolving", y la necesidad de que se constate el carácter leonino del préstamo, invocando, asimismo, la doctrina de los actos propios y sosteniendo, que todas las cláusulas superan el control de inclusión y transparencia.

El contrato cuya nulidad se pide implica la concesión de un crédito, del que puede disponerse mediante la compra de bienes y servicios o mediante retirada de efectivo en cajeros, mientras que su devolución puede realizarse acudiendo al pago de la totalidad del crédito dispuesto al final de la liquidación o en la modalidad de pago aplazado, cuando al final del periodo de liquidación, el cliente no devuelve todo, sino una cantidad fija o un porcentaje del crédito dispuesto, respetando un mínimo, aplazándose el importe no devuelto, principal e intereses remuneratorios, hasta el siguiente periodo de liquidación en el que se vuelve a aplicar el mismo sistema de opciones de pago.

Como señala la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 6ª, 21-07-2014 (PROV 2014, 222344), el control judicial de los intereses es distinto según se trate de remuneratorios o moratorios, dada la distinta naturaleza de unos y otros, pues mientras los primeros constituyen el beneficio o contrapartida convenida por las partes a favor del prestamista o acreedor por razón del capital prestado, en definitiva el precio del préstamo, y como tal elemento esencial del mismo, estando regidos por el principio de libertad de pacto consagrado en el art. 1255 del CCivil (LEG 1889, 27) , y sometido por ello el control judicial de su contenido a la normativa representada por Ley de represión de la usura (LEG 1908, 57) , los segundos se corresponden con una indemnización por incumplimiento que actúa a modo de cláusula penal, siendo el ámbito específico de control de abusividad en sede de legislación del consumo. Por ello asiste inicialmente la razón a la parte demandada cuando invoca la improcedencia del control de abusividad del interés remuneratorio. En este sentido la STS 18-6-2012 (RJ 2012, 8857) señaló que la Ley de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) en su actual redacción no permite que la valoración del carácter abusivo de una cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, que el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible abusividad del interés convenido, aunque podrán ser objeto de control además de por la vía de su carácter usurario por la vía de la inclusión y la transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) y artículo 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Pero esto no excluye el control de dicho interés remuneratorio a través de la aplicación de la normativa de control de la usura.

En este punto no podemos dejar de citar la recientísima sentencia del Tribunal Supremo número 149/2000 20 de 4 de marzo, en la que el Tribunal Supremo analiza la existencia de usura en un contrato de crédito revolving, repasando la doctrina de la previa sentencia del pleno del

tribunal 628/2015, de 25 de noviembre, en los siguientes términos:

"TERCERO

Decisión del tribunal (I): doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del pleno del tribunal 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001)

1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001), cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos:

i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura (LEG 1908, 57) , esto es, "que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija "que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo , del Código de Comercio (LEG 1885, 21) , "se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor", el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir 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. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como "no excesivo" un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del "interés normal del dinero" (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es "notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como "notablemente superior al normal del dinero".

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) 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 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.

2.- De lo expuesto se desprende que no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del "interés normal del dinero" es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España. En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving), sin que tal cuestión fuera objeto de discusión en el recurso de casación, puesto que lo que en este se discutía en realidad es si la diferencia entre el interés del crédito revolving objeto de aquel litigio superaba ese índice en una proporción suficiente para justificar la calificación del crédito como usurario. Tan solo se afirmó que para establecer lo que se considera "interés normal" procede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España sobre los tipos de interés que las entidades de crédito aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas.

3.- A lo anteriormente expuesto se añadía el hecho de que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o revolving, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

CUARTO

Decisión del tribunal (II): la referencia del "interés normal del dinero" que ha de utilizarse para determinar si el interés de un préstamo o crédito es notoriamente superior al interés normal del dinero

1.- Para determinar la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como "interés normal del dinero". Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

5.- Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese "interés normal del dinero" resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

QUINTO

Decisión del tribunal (III): la determinación de cuándo el interés de un crédito revolving es usurario por ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso

1.- Aunque al tener la demandante la condición de consumidora, 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, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario.

2.- El extremo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 (LEG 1908, 57) , de Represión de la Usura, que resulta relevante para la cuestión objeto de este recurso establece:

"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 [...]".

3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés "notablemente superior al normal del dinero" y "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso". Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos.

4.- La sentencia (PROV 2020, 34128) del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta revolving concedido a la demandante, que era del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia (RJ 2015, 5001) , la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de "interés normal del dinero" y el tipo de interés

remuneratorio del crédito revolving objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

6.- El tipo medio del que, en calidad de "interés normal del dinero", se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. 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%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de "interés normal del dinero" y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como "notablemente superior" a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son 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, y las propias peculiaridades del crédito revolving, en 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.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001), no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como "interés normal del dinero" de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

11.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado."

En orden a determinar el interés a tener en cuenta como elemento de referencia, se precisa por tanto en primer lugar que el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (T.A.E), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares

legalmente predeterminados. Y precisa, que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero", que no es el legal del dinero, sino el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente", de modo que para establecer lo que se considera interés normal puede acudir 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.). En segundo lugar el añadido de la reciente sentencia, apunta a que si se dispone de estadísticas que se refieran de manera más específica al producto contratado, la tasa anual equivalente correspondiente habrá de ser el término concreto de comparación.

Trasladando tales consideraciones al caso de autos, de la documentación obrante en autos resulta, en lo que aquí interesa, que la T.A.E. del contrato aportado de fecha 1 de Julio de 2011 es del 26,82%. La demandada sostiene que el tipo medio conforme a la estadística del Banco de España, para las tarjetas de crédito, asciende al 20,68%.

Consultada la estadística ofrecida por el Banco de España, y que ya transcribe la demandada en su contestación a la demanda se observa que se maneja el concepto de TEDR: tipo efectivo definición restringida, que equivale a TAE (tasa anual equivalente) sin incluir comisiones, y que por tanto podemos entender cómo comparable con la TAE del contrato que nos ocupa, pero no con el tipo de interés nominal, conforme a la definición de interés que se contiene en el art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio.

Nos encontraríamos así con una diferencia de 6,14 %, entre ese TEDR publicado por el Banco de España para el año 2011, y la TAE utilizada en el contrato que nos ocupa. Y teniendo en cuenta la misma doctrina del Tribunal Supremo, cabe entender que esa diferencia resulta usuraria, al ser notoriamente superior al interés normal que se maneja. Encontrándonos con que la media a tener en cuenta es un 20 %, el cual es un interés ya de por sí elevado, la diferencia que aquí se observa implica un incremento proporcional próximo al 30% respecto de ese interés medio. Dicha separación puede integrar el requisito exigido por la ley Azcárate.

Conforme al art. 1 de la Ley Azcárate, cumplido el primer requisito relativo al exceso en el interés aplicable en el contrato, es necesario, también, para que el préstamo pueda ser considerado usurario, que el interés sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para ello el Tribunal Supremo, partiendo de que la normalidad no precisa de especial prueba, debiendo ser alegada y probada, hace descansar en la entidad financiera que concedió el crédito "revolving", la prueba de la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, y lo cierto es, que en el caso de autos, la demandada no ha probado la concurrencia de circunstancias excepcionales que así lo justifiquen como pudiera ser la posible falta de solvencia de la demandante o cualquier otra que pudiera explicar ese elevado interés.

Consecuencia de lo dicho, dado que concurren los dos requisitos exigidos por la primera parte del art. 1 de la Ley Azcárate, lo cual excluye la necesidad de adentrarse en el estudio de los otros presupuestos, esto es, que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Lo procedente es que se declare el carácter usurario de los intereses remuneratorios, lo cual supone

la nulidad del contrato por prescripción legal, como recoge el artículo 3 de la mentada ley represora de la usura (LEG 1908, 57) , que expresamente dice "... el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado" y que ha sido calificada por el TS en la sentencia de 14-07-2009 (RJ 2009, 4467) y posteriormente en la de 25-1(sic)-2015 (RJ 2015, 5001) , como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva, lo que excluye la aplicación al caso de autos de la doctrina de los actos propios como pretende la demandada, y determina que esta última deberá devolver a la parte actora la suma que exceda del capital dispuesto.

Lo anterior hace innecesario pronunciarse sobre el resto de pretensiones que se ejercitan en la demanda, pues como ya se ha dicho, la declaración de nulidad del contrato por usurario conlleva que el prestatario únicamente venga obligado al pago del capital, debiendo reintegrar por ello la demandada al actor aquellas cantidades satisfechas por conceptos diferentes al importe prestado, sin perjuicio de las compensaciones a que hubiera lugar por el capital dispuesto pendiente de pago a fecha actual, considerándose por ello conveniente diferir al trámite de ejecución de sentencia la determinación de saldo resultante. En cuanto a los intereses únicamente podrán ser tenidos en cuenta como tales los previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello desde el momento en el que se haya liquidado la cantidad a ser restituida. Todo ello con estimación de la demanda interpuesta.

CUARTO.- En cuanto a las costas causadas en este procedimiento, estimada la demanda, habrán de imponerse a la demandada por ser preceptivo en virtud del criterio del vencimiento objetivo, de conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Dña.

, en nombre y representación de Dña.

contra WIZINK BANK S.A, debo de declarar y declaro la nulidad por usurario del contrato suscrito en fecha 5 de marzo de 2012, entre las partes, debiendo devolver la demandada al demandante todas las cantidades percibidas por cualquier concepto que superen el capital dispuesto, a determinar en ejecución de sentencia, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la demandada.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Donostia / San Sebastián, a dieciséis de abril de dos mil veinte.