

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Nº 5 DE BENIDORM

Procedimiento: Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000061/2020

NIG: 03031-42-1-2020-0000204

Objeto: NULIDAD CONTRACTUAL

JUEZ:

Demandante:

Abogado: SOLA YAGÜE, MARTI

Procurador:

Demandado: 4FINANCE SPAIN FINANCIAL SERVICE, S.A.U.

Abogado:

Procurador:

SENTENCIA Nº 138/2020

En Benidorm, a trece de octubre de dos mil veinte

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente juzgado fue presentada por demanda de juicio verbal contra 4FINANCE SPAIN FINANCIAL SERVICE, S.A.U.

SEGUNDO.- Examinada por este juzgado su competencia objetiva y territorial y correspondiéndole por turno de reparto se dictó decreto por el que se admitió la demanda, y se dio traslado al demandado.

TERCERO.- La parte demandada presentó contestación en forma y plazo, oponiéndose a lo solicitado, por lo que se citó a las partes al a vista.

CUARTO.- Abierto el pleito a prueba se practicó toda la prueba que propuesta fue admitida y quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión controvertida.

La presente *litis* deriva de la demanda presentada por D^o , frente a 4FINANCE SPAIN FINANCIAL SERVICE SAU, en la que insta con carácter principal la nulidad del contrato de micropréstamo rápido celebrado entre Vivus Finance SAU y el propio actor, el día 2 de agosto de 2016 más cuatro sucesiones derivadas de aquel con n.º de referencia , por USURA, y subsidiariamente la declaración de nulidad por ABUSIVIDAD de las estipulaciones integradas en el mismo relativas a comisión por extensión de plazo y comisión por devolución.

La entidad demandada se opone íntegramente a la demanda alegando que el contrato fue negociado individualmente y explicado en cada una de sus rúbricas; respecto a la usura que el interés o TAE aplicado es acorde al ordinario en ese tipo de operaciones, concretamente el de operaciones de micropréstamos; y finalmente al respecto de la abusividad defiende la validez jurídica de lo pactado.

Analizaremos pues, cada uno de estos extremos.

SEGUNDO.- Condiciones generales de la contratación y Derecho de consumo.

El presente contrato de préstamo, debe regirse por la legislación tuitiva de consumidores, tanto nacional como europea, así como pro la Ley de condiciones generales de la contratación. Lo que supone un régimen específico, no solo en cuanto al fondo del asunto, sino especialmente, con relación a la carga de la prueba de determinados aspectos controvertidos, así como de la limitación de la autonomía de la voluntad en tanto en tanto debe controlarse, de oficio, la validez y transparencia, de lo pactado por las partes.

El concepto de consumidor actual, según la Directiva 93/13 (A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: b) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional) y el Real Decreto 1/2007 tras su última modificación (las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial) coincide plenamente con las características del demandado dado que se trata de una persona física respecto del que no hay constancia alguna de que dedique el objeto del contrato a su actividad contractual.

Es necesario destacar que, viene manteniéndose que INICIALMENTE es el empresario quien, para evitar la aplicación de la especial tutela que dispensa la TR-LGDCU, habrá de probar el hecho positivo de que su contraparte actuó dentro del ámbito propio de una actividad empresarial o profesional, pues constituiría una difícil prueba de hecho negativo que el consumidor hubiese de demostrar que no actuó en ese contexto; podría probar que obró con fines de consumo privado, pero no que además no empleó el bien o servicio en el contexto de sus actividades profesionales.(SC Lapuente) Todo ello, ab initio, es decir, dados los indicios derivados de la redacción del contrato, sin perjuicio de que, si el profesional NIEGA expresamente dicha condición, sea el consumidor, a quien le incumbe probarlo con hechos positivos (SAP Alicante de fecha 24 de marzo de 2017), pero este hecho aquí no ha acontecido.

Además, es de aplicación la normativa de condiciones generales, dado que según sus artículos 1 y 2, será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica-adherente, siendo condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La propia estética y redacción contractual lo hacen concluir. Aquí si que para excluir esta legislación, será siempre al predisponente al que se le exige procesalmente que explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula (STS de fecha 24 de abril de 2015).

En el presente proceso encontramos dos aspectos relevantes en este ámbito, por un lado, que no ha existido prueba alguna, más allá de meras alegaciones en la contestación, de la negociación del contrato. Y en segundo lugar, que ni consta firmado ni aceptado el contrato aportado a las actuaciones. Es decir, no se ha probado, por quien compete, la voluntad del consumidor de aceptar las condiciones que se le vienen exigiendo en la cuenta bancario de referencia.

No es obstáculo a ello, la contratación electrónica, que en nuestro ordenamiento jurídico tiene un régimen específico. Así, la ley 22/2007 sobre contratación de productos financieros que incorpora la ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, así como la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la

información, el Real decreto legislativo 1/2007 (concretamente su artículo 98), y en los casos en que resulte aplicable la ley de firma electrónica.

Por tanto, para estimar la vigencia y validez de un contrato de préstamo celebrado a distancia, la parte no consumidora, como portadora de la carga probatoria de la negociación según hemos expuesto *supra*, deberá aportar al proceso, **un documento donde obren todas las condiciones generales y particulares debidamente aceptadas por el consumidor, sin que sea válida una mera copia, sin firma ni aceptación de ningún tipo.**

Por ello, los artículos 97 a 101 del Real decreto 1/2007 dicen que en estos casos el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la información exigida en el artículo 97.1 en papel o, si éste está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles. **El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si éste está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 103.m).Y que corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere. El empresario deberá adoptar las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato.**

Es cierto que el Código civil admite la validez de los contratos, cualquiera que sea su forma, sin embargo esa validez ha de reunir los requisitos adicionales de la legislación específica, por lo que no es admisible cualquier regulación. Al igual que en el ámbito de contratación telefónica, el RD 1/2007 exige la posterior firma personal del deudor; en la contratación web, deberá procederse a la aceptación por un cauce adecuado, que pruebe necesariamente, la adecuada y libre voluntad de la parte de emitir su consentimiento íntegro a todas las condiciones del contrato, a fin de que se incorporen al mismo por virtud del artículo 5 LCGC.

La legislación española, en desarrollo de las directivas comunitarias, ha establecido que el sistema adecuado para la prestación del consentimiento, sin necesidad de confirmación posterior, y por tanto equiparado a la contratación personal, es la firma electrónica reconocida artículo 3.4 ley 59/2003, a salvo del cumplimiento de los supuestos y requisitos del artículo 28 de la ley 34/2002 de servicio de sociedad de la información, con confirmación posterior del contrato.

Concretamente, en el ámbito de los servicios financieros, estamos sujetos a las exigencias de los artículos 7 a 9 de la ley 22/2007 de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, que prevé que el proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los anteriores artículos 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la

posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta (art.9), correspondiendo al proveedor la carga de la prueba de estos hechos (art. 17).

Por tanto, declarado como absolutamente insuficiente el documento aportado para acreditar la aceptación y validez del contrato por ella entidad bancaria, al no constar los requisitos de firma electrónica, ni tampoco la confirmación del artículo 98 transcrito, o del 28 de la LSSI, esta razón sería más que suficiente para declarar la nulidad del contrato con base al control de oficio que el juez nacional debe efectuar en el ámbito del Derecho de consumo. No obstante a mayor abundamiento resolveremos las razones de usura planteadas por el actor.

TERCERO.- Usura.

El contrato objeto de las actuaciones consta incorporado al proceso en los documento 6 de la demanda, su contenido y la nulidad aludida debe valorarse a través de las previsiones de la vetusta Ley 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo, usualmente conocida como ley de represión de la usura o Ley Azcárate. Dicha normativa se dirige, exclusivamente al control de los intereses remuneratorios que puedan llegar a pactarse, estableciendo así límites a la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC) a fin de proteger a la parte que se presupone más débil, esto es, la prestataria.

Dice el artículo 1 de la misma 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”.

Lo que sucede es que su aplicabilidad, basada en condicionantes objetivos y subjetivos, precisa de un despliegue probatorio a fin de acreditar todos y cada uno de los requisitos que exige nuestro Tribunal Supremo, y de igual forma, de una alegación de parte que aquí no ha concurrido. Ambos extremos se entrelazan, pues además de interesar su aplicación, la parte prestataria deberá aportar al juzgador todos y cada uno de los elementos que permitan establecer, de forma fundada, que el préstamo es usurario.

Sin embargo esta exigencia, ha sido en cierto modo flexibilizada por la STS de 25 de noviembre de 2015., en los siguientes términos (SAP Alicante 6 de mayo de 2019, sección 4ª):

A.- 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, esto es, "que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", sin que acumuladamente se requiera "que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales", pues debe estimarse superada la antigua jurisprudencia que exigía la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley.

B.- Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de comercio "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. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente (y no entren en juego las normas sobre nulidad por abusividad), pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

C.- 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" (STS núm. 869/2001, de 2 de octubre). 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 el caso concreto enjuiciado en la sentencia, partiendo de la declaración como hecho probado en la instancia de que el tipo de interés superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, el Tribunal Supremo declaró que "una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero".

D.- Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso". A este efecto el Tribunal declara que "dado que la

normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada" ha de ser la entidad financiera quien justifique "la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo". En el caso allí examinado el Tribunal rechazó las alegaciones vinculadas a las peculiaridades de estos contratos en el plano comercial general razonando que "aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo ... 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 sobre-endeudamiento 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".

Esta doctrina ya aplicada por nuestra A.P y por este tribunal, ha sido ratificada como anunciábamos por la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 que, no obstante referirse a un producto bancario distinto (tarjeta revolving) dice lo siguiente:

“ 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, 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 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, 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, 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”.

ello nos exige plantear la controversia de cual es el interés ordinario o medio que debe usarse de parámetro comparativo en los micropréstamos rápidos de consumo, pues estima el demandado que no es apto el interés de los créditos ordinarios de consumo publicado por el BE.

Nuestras Audiencias provinciales no encuentran razón que justifique distinguir estos préstamos rápidos, de los préstamos de consumo ordinarios, pues el modo o vehículo de contratación no altera el contenido contractual que es a lo que ha de atenderse por imperativo de la doctrina del TS expuesta *supra*.

En consecuencia, excediendo dicho parámetro, la usura debe ser declarada, y en consecuencia, deberá devolverse tan solo el capital prestado, pues ni consta aceptado el interés remuneratorio, ni este es acorde a la legislación que lo controla.

Al respecto de la consecuencia de esta declaración, dice la 23 de julio de 1908 en su artículo 3 que "Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado". Y el artículo 9 establece que "lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido".

Por tanto, debe estimarse el efecto pretendido en la acción principal al ser coincidente con el precepto que regula el efecto de la acción declarativa ya estimada.

La estimación de esta acción principal, deja sin efecto la reclamación de las acciones subsidiarias puesto que la nulidad íntegra del contrato ya se encuentra declarada.

CUARTO.- Intereses.

A las cantidades resultantes de la presente resolución, si resultaren a favor del demandante, les será de aplicación el interés legal del dinero desde el día de presentación de la demanda que dio origen a este proceso.

QUINTO.- Costas.

Aplicando el criterio del vencimiento objetivo, deben imponerse las costas a la parte demandada (art. 394 LEC).

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

FALLO

ESTIMAR la demanda presentada por D^o frente a 4FINANCE SPAIN FINANCIAL SERVICE S.A.U. y en consecuencia DECLARO la nulidad del contrato de micro-préstamo rápido celebrado entre Vivus Finance SAU y el propio actor, el día 2 de agosto de 2016 más cuatro sucesiones derivadas de aquel con n.º de referencia , y en consecuencia CONDENO a las PARTES a estar y pasar por los efectos de dicha declaración, de modo que la parte deudora deberá devolver tan solo el capital prestado, y la entidad demandada habrá de abonar a estos todo lo

cobrado indebidamente por otros conceptos, efectuándose la compensación entre aquellos importes, que en caso de acordarse de forma extrajudicial, se determinará en ejecución de sentencia a través del incidente del art. 712 LEC y ss.

Se imponen las costas de este proceso a la parte demandada.

Así lo acuerdo, mando y firmo, como magistrada titular de este juzgado.