

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
CUENCA**

SENTENCIA: 00164/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000046 /2021

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CUENCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000318 /2018

Recurrente:

Procurador:

Abogado: DANIEL NAVARRO SALGUERO

Recurrido: WIZINK BANK S.A.

Procurador:

Abogado:

Sentencia.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA.

Apelación Civil nº 46/2021.

Procedimiento Ordinario nº 318/2018.

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cuenca.

Ilmas./os. Sras./es.:

Presidente:

D. .

Magistradas/os:

D^a. .

D. .

Ponente: Sr. .

SENTENCIA N° 164 /2021

En Cuenca, a once de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos ante esta Audiencia Provincial, en trámite de recurso de apelación n° 46/2021, los autos de Juicio Ordinario n° 318/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Cuenca, iniciados por D.

, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a.

y dirigido por el Letrado D. Daniel Navarro Salguero, contra la entidad WIZINK BANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a.

y dirigida por la Letrada D^a.

, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. contra la Sentencia dictada en primera instancia, por el ya referido Juzgado, en fecha diez de febrero de dos mil veinte, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D.

Antecedentes de hecho

Primero.- Que la situación fáctica puede resumirse del siguiente modo:

A. La representación procesal de D.

formuló, el 29.05.2018, demanda de juicio ordinario contra la entidad WIZINK BANK, S.A.

En tal demanda, (en la que venía a ejercitarse acción de nulidad del contrato de tarjeta de crédito por usurario y subsidiariamente acción de nulidad de condición general de la contratación), venía a interesarse Sentencia que de forma principal:

-declarase la nulidad radical, absoluta y originaria del contrato por ser usurario, con los efectos inherentes a la declaración de conformidad con el artículo 1.303 del Código Civil;

-y que condenara a la parte demandada, en virtud de los artículos 1.303 del Código Civil y 3 de la Ley Azcárate, a reintegrar al actor la cantidad que exceda del total capital prestado que haya dispuesto, difiriendo para ejecución de Sentencia la determinación concreta del capital que se haya de devolver, computando al efecto la totalidad de los pagos efectuados por la parte demandante; y todo ello imponiendo a la parte demandada las costas causadas.

De manera subsidiaria se solicitaba Sentencia:

-que declare la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios, por falta de información y transparencia; así como demás cláusulas abusivas contenidas en el título, apreciadas de oficio, con los efectos restitutorios que procedan;

-y que condene a la entidad demandada a reintegrar al actor, en virtud del artículo 1.303 del Código Civil, las cantidades abonadas como intereses, que se determinarán en ejecución de Sentencia; y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

El 02.10.2005 el demandante había formalizado un contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado o revolving. En apartado “Anexo”, (véase la página 2 del acontecimiento nº 2 del expediente digital relativo al procedimiento ORD 318/2018), figuraba un tipo nominal anual del 22,29 % y T.A.E. del 24,71 %”.

B. La representación procesal de la entidad demandada vino a oponerse a la demanda; interesando su íntegra desestimación. Se hacía constar en la contestación a la demanda, en síntesis, que la documentación aportada evidenciaba que la parte actora sabía lo que suscribió en cuanto a los extremos principales del contrato y sabía su funcionamiento. Se indicaba que la libertad de pacto entre las partes es principio de nuestro sistema contractual; señalando que los intereses forman parte del precio y que no cabe tacharlos de abusivos “per se”. Se añadía que los intereses remuneratorios pactados no incumplían el control de transparencia ni eran usurarios; estando en línea con el tipo de interés de tarjetas similares ofertadas por otras entidades en España. Y se indicaba que el actor había dispuesto de la tarjeta litigiosa durante muchos años sin plantear quejas.

C. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cuenca dictó Sentencia, el 10.02.2020, estimando parcialmente la demanda; condenando a la entidad demandada a devolver al actor la cantidad que se acredite en ejecución de Sentencia cobrada por interés remuneratorio por encima del 10%. No se realizó pronunciamiento sobre costas.

D. Tal decisión del Juzgador a quo respondía, en esencia, a que “...Aunque no pueda aplicarse al caso de autos la Ley de Represión de la Usura...sí puede aplicarse la Ley de Crédito al Consumo, dado que se ha pactado un interés remuneratorio superior al 20% anual. Dicho interés es abusivo y desproporcionado por lo que aplicando la referida Ley de Crédito al Consumo...el tipo de intereses remuneratorio no puede exceder del de

multiplicar por dos con cinco el interés legal del dinero en el año 2005, 10 %, fecha de la celebración del contrato”.

Segundo.- Que, notificada la anterior Resolución a las partes, por la representación procesal de D. _____ se presentó recurso de apelación contra la citada Sentencia.

Dicho recurso se basa, en síntesis, en lo siguiente:

A. Infracción del artículo 1.6 del Código Civil, artículos 9.3, 14 y 139.1 de la Constitución; e infracción de la Sentencia nº 149/2020, de 4 de marzo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

B. Subsidiariamente, para el supuesto de no considerarse usurario el contrato, nulidad de la cláusula de interés remuneratorio por no superar el control de incorporación.

C. Subsidiariamente, para el caso de no prosperar los dos anteriores motivos, nulidad de la cláusula de interés remuneratorio por no superar el control de información y transparencia.

D. De la condena en costas en primera instancia. Se indica que la estimación del recurso con la consiguiente estimación íntegra de la demanda debe comportar la imposición de costas a la parte demandada. Incluso aunque se acogiera una de las pretensiones subsidiarias deben imponerse las costas a la parte demandada; y ello porque la doctrina entiende que cuando se estiman peticiones subsidiarias se produce una estimación íntegra de la demanda.

Con tal recurso viene a solicitarse la estimación íntegra de la demanda.

Tercero.- Que la representación procesal de la entidad WIZINK BANK, S.A., se opuso al recurso de apelación; interesando su desestimación.

Cuarto.- Que, recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, por la Sala se procedió a formar el correspondiente rollo de apelación, (asignándole el número 46/2021). Se turnó la ponencia, (Sr. _____), y se señaló deliberación, votación y fallo para el 11.05.2021.

Fundamentos de derecho

Primero.- Dado el carácter revisor del presente recurso, y las facultades del Tribunal para examinar la totalidad del pleito, se llevará a efecto por esta Sala dicho examen, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo, (Ss. de 19.07.89 y 22.02.99, entre otras muchas), el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el litigio; esto es, que el

Tribunal de segunda instancia se encuentra en la misma situación que el de la primera, siéndole transferido el conocimiento íntegro y pleno, y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de la litis.

Segundo.- Pues bien, y con respecto al primero de los motivos de recurso, debe señalarse todo lo siguiente:

1. La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 04.03.2020, nº 149/2020, recurso 4813/2019, establece que <<.....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.....>>. Por tanto, debe utilizarse como referencia **el tipo medio de interés en las tarjetas revolving en el momento de celebración del contrato.**

2. Y también señala la referida Sentencia de 04.03.2020, nº 149/2020, recurso 4813/2019, que <<.....Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España,.....>>.

3. Sentado lo establecido en los dos apartados anteriores, consideramos que la información económica absolutamente imparcial de cara a la resolución del pleito es la que figura en la página web del Banco de España, (y de ahí que únicamente vayamos a tomar en consideración dicha información). En tal página web aparecen los tipos de interés de las tarjetas revolving en el año 2015, (véase el apartado 19.4 del boletín estadístico correspondiente al mes de enero de 2021), y en los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, (véase el apartado 19.4 del boletín estadístico de marzo de 2021), figurando allí un interés del 21,13 % para el año 2015, un interés del 20,84 % para el año 2016, un interés del 20,80 % para el año 2017, un interés del 19,98 % para el año 2018, un interés de 19'67 % para el año 2019 y un interés del 18,06 % para el año 2020. Pues bien, dado que no consta el tipo de interés en el preciso momento de celebración del contrato de autos, (es decir, el interés del año 2005), creemos que es oportuno realizar la

media de los tipos de interés de los años 2015 a 2020 para establecer la referencia del año 2005. Y así se obtiene un 20,08 %, (21,13 % + 20,84 % + 20,80 % + 19,98 % + 19,67 % + 18,06 %; y el resultado de la suma dividido entre seis). Como tal tipo de interés en realidad no incluiría la T.A.E., (porque se hace constar en el boletín estadístico “sin comisiones”), estimamos pertinente sumar al referido porcentaje, (es decir, al 20,08 %), un 2,42 %, que es la diferencia que figura en el contrato litigioso entre el interés y la T.A.E., (24,71 de T.A.E. menos 22,29 de interés = 2,42), por lo que la T.A.E. en el año 2005 supondría un total de, (20,08 % + 2,42 %), 22,50%.

4. Pues bien, sentado todo lo anterior, estimamos que debe entenderse que el interés fijado en el contrato litigioso es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario; y ello por lo siguiente:

A. Como indica la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la Sentencia antes citada 04.03.2020, “.....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.....”. Por tanto, y aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, un interés en el año 2005 como el de autos, (que ya hemos dicho que era del 22,29 %; suponiendo la T.A.E. un 24,71%), era muy elevado.

B. Partiendo de dicha circunstancia, (intereses muy elevados), resulta que incluso el contrato de autos vino a incrementar, (respecto de lo que sería la media en la época de su celebración), con un 2,21 % tanto el tipo medio de interés, (ese porcentaje es la diferencia entre el 22,29 % del contrato y lo que ya hemos indicado que sería la media del año 2005; es decir, el 20,08%), como la T.A.E., (diferencia entre el 24,71 % del contrato y lo que ya hemos señalado que vendría a ser la media de la T.A.E. en el año 2005, 22,50%).

C. Y además, y como también refiere la ya citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, se han de tomarse 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; condición que efectivamente concurre en el actor, pues si se examina el encabezamiento del contrato, (véase la página 1 de 2 del acontecimiento nº 2 del expediente digital relativo al procedimiento ORD 318/2018), se comprueba que él trabajaba como panadero para la empresa “Tahona La Golondrina”, (véase el apartado datos profesionales de dicha página 1), percibiendo unos ingresos anuales brutos de 18.000 €, (véase ese mismo apartado de datos profesionales), lo que supone que recibía unos ingresos brutos mensuales, con inclusión de la prorrata de dos pagas extraordinarias, de 1.500 €, (es decir, 18.000 € entre 12 meses),

implicando ello unos ingresos netos mensuales, con la inclusión de la prorrata de dos pagas extraordinarias, inferiores a esa cifra de 1.500 €, y que estarían alrededor, (tomando en consideración la correspondiente retención mensual por IRPF y el descuento relativo a los seguros sociales), de unos 1.150 €.

D. Y a todo lo anterior debe añadirse lo señalado en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ya citada, la cual indica que <<.....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....., 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.....>>.

5. La parte demandada indicaba en la contestación a la demanda que el actor había dispuesto de la tarjeta litigiosa durante muchos años sin plantear quejas; viniendo a hacer referencia con tal manifestación a la doctrina de los actos propios. Pues bien, tal alegato relativo a la doctrina de los actos propios debe decaer; pues si los préstamos como el que nos ocupa suelen ir destinados a personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, (tal y como establece la ya referida Sentencia del T.S. de 04.03.2020), puede decirse que el actor en realidad no habría actuado de manera absolutamente libre y voluntaria; y estimamos que la aplicación de la citada doctrina de los actos propios en cualquier caso requeriría como soporte imprescindible un comportamiento del sujeto totalmente libre y voluntario.

En consecuencia, y por todo lo razonado, debe estimarse el primero de los motivos de apelación y consiguientemente, (y siendo ya innecesario por ello el estudio de los motivos segundo y tercero), debe estimarse en su integridad el recurso planteado; lo que comporta, (con revocación de la Sentencia dictada en primera instancia), la estimación íntegra de la demanda al tener que prosperar la petición principal de la misma al amparo de los artículos 1.303 del Código Civil y 3 de la Ley del Represión de la Usura. Esa conclusión comporta que al amparo del artículo 394.1, párrafo primero, de la L.E.Civil, y en observancia del criterio

del vencimiento objetivo, se impongan a la parte demandada las costas causadas en la primera instancia, (razón por la cual también prospera el cuarto de los motivos de apelación). Atendiendo al espíritu de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17.09.2020, recurso 5170/18, no podría apreciarse la existencia de dudas de hecho o de derecho para no imponer las costas a la entidad bancaria; teniendo además en cuenta que cabe la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia, (y así se viene concretando, -con base en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional-, por las Audiencias Provinciales; por ejemplo, por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, en Autos de 25.06.2015, recurso 27/2015, y de 16.11.2015, recurso 124/2015, cuyo criterio compartimos).

Tercero.- La estimación íntegra del recurso de apelación formulado debe conllevar, en estricta aplicación del artículo 398.2 de la L.E.Civil, que no se impongan a ninguno de los litigantes las costas causadas en esta alzada.

Cuarto.- La estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto debe comportar, al amparo de la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J., la devolución del depósito de 50 € que se verificó para apelar.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. _____ contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cuenca en fecha 10.02.2020, dictada en el juicio ordinario nº 318/2018, del que dimana el rollo de apelación nº 46/2021, revocamos en su totalidad dicha Sentencia y, en su lugar y con estimación íntegra de la demanda:

.Declaramos la nulidad radical, absoluta y originaria del contrato, por ser usurario, y condenamos a la parte demandada a reintegrar al actor la cantidad que exceda del total capital prestado que haya dispuesto, difiriendo para ejecución de Sentencia la determinación concreta del importe que se haya de devolver, computando al efecto la totalidad de los pagos efectuados por la parte demandante; y todo ello imponiendo a la parte demandada las costas causadas en la primera instancia.

No se imponen a ninguno de los litigantes las costas causadas en esta alzada por el recurso de apelación.

Se acuerda la devolución del depósito de 50 € que se llevó a cabo para apelar por la representación procesal de D. .

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.