

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
MURCIA**

SENTENCIA: 00183/2023

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001220 /2022

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de TOTANA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000249 /2021

Recurrente: WIZINK BANK SAU

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado: DANIEL GONZALEZ NAVARRO

SENTENCIA Nº 183/23

Ilmos. Sres.

D.

Presidente

D.

D.

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a 20 de marzo de 2023

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 249/21 -Rollo nº 1220/22 -, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Totana, entre las partes: como actor D. _____, representado por el/la Procurador/a D^a _____ y dirigido por el Letrado D. Daniel González Navarro, y como demandado Wizink Bank SAU, representado por el/la Procurador/a D^a _____ y dirigido por el Letrado D. _____. En esta alzada actúan como apelante Wizink Bank SAU y como apelado D. _____.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don _____, que expresa la convicción del Tribunal.

HECHOS

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Totana en los referidos autos de Juicio Ordinario nº 249/21, se dictó sentencia con fecha 12 de septiembre de 2022 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *“Que estimando la demanda formulada por D. _____, representado por la Procuradora de los Tribunales doña _____ y dirigido por el Letrado D. Daniel González Navarro contra WIZINK BANK, S.A. representada por la Procuradora D^a _____ y dirigido por el Letrado D. _____, debo declarar la nulidad del contrato de tarjeta que vinculaba a las partes condenando a la entidad demandada a restituir al demandante la cantidad que exceda del total del capital prestado, debiendo limitarse la obligación del actor a la devolución del capital recibido y si resultara saldo favorable para el demandante, la entidad demandada procederá a su abono, generando dicha cantidad los intereses legales correspondientes desde la interposición de la demanda y*

hasta la fecha de la presente sentencia y desde ésta y hasta el completo pago, los establecidos en el artículo 576 de la LEC, según se determine en ejecución de sentencia, condenando al demandado a pagar las costas procesales causadas”.

Segundo: Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Wizink Bank SAU exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a D. _____, emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 1220/22, que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 20 de marzo de 2023 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto del recurso de apelación.

1.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia que estima la demanda y declara nulo, por usurario, el contrato de tarjeta de crédito revolving.

2.- Se denuncia por la recurrente la infracción del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura y error en la valoración de la prueba en relación con el criterio

de comparación llevado a cabo en la sentencia apelada para determinar el carácter usurario del interés remuneratorio de la tarjeta, pues no sigue el criterio reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el precio habitual en el mercado de productos equivalentes. Entiende que la prueba de dicha diferencia desproporcionada debe de ser llevada a cabo por parte de la parte actora y no se ha logrado dado que no utiliza términos que permitan la comparación del precio de las tarjetas. Considera que, sí se atiende a los criterios fijados en el informe Compass, el índice de ASNEF, los informes de la OCU y la diversa información de la prensa económica es fácil entender que las grandes entidades financieras ofertaban para tarjetas intereses semejantes a la tarjeta contratada por el actor, por lo que el TAE fijado del 26,82 % fijado no es usurario.

3.- La parte apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. Entiende que está probado el carácter usurario del interés remuneratorio pues el Banco de España, en sus boletines estadísticos, fija para enero de 2013, fecha de contratación, un interés medio del 20,98 %, por lo que el fijado en la tarjeta es notoriamente desproporcionado con relación al interés normal del dinero. Considera que no se ha probado por la apelante la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificasen la aplicación de este interés al actor al concertar la tarjeta. Con carácter subsidiario, entiende que debe de entrarse al examen del control de transparencia, destacando el incumplimiento de los deberes de información, la existencia de elementos esenciales en el contrato, la nulidad de la cláusula que autorizaba la modificación unilateral de las condiciones del contrato así como de la comisión de reclamación por posiciones deudoras, así como la práctica abusiva derivada de la ampliación unilateral de los límites de crédito sin advertir los efectos sobre la amortización.

Segundo: Carácter usurario del interés remuneratorio fijado en la tarjeta de crédito revolving.

4.- Planteados en los términos anteriores lo que constituye el objeto de este recurso de apelación, el mismo queda limitado a determinar el carácter usurario del interés remuneratorio fijado en la tarjeta de crédito, en su modalidad renovable o revolving, al sostener la parte recurrente que la sentencia apelada no ha aplicado correctamente, los criterios de comparación, al acudir a los índices publicados por el Banco de España al basarse estos en el TERD (tipo efectivo definición restrictiva) y no en la TAE empleada en la tarjeta, al tratarse de criterios diferentes que no admite comparación, por lo que debe de acudirse al tipo medio de mercado.

5.- Debe anticiparse que el recurso de apelación será desestimado pues las alegaciones de la recurrente no han desvirtuados los acertados razonamientos de la sentencia apelada, ajustados a los criterios fijados por el Tribunal Supremo, fundamentos que hacemos nuestros e integramos como parte de esta resolución. Debe añadirse que es criterio reiterado de este tribunal en relación a las tarjetas revolving emitidas por Wizink con un TAE del 26,82 %, en este caso, declarar el carácter usurario de las mismas. En tal sentido se pueden señalar las SSAP Murcia (1ª) 376/22, de 21 de noviembre; 3/23 y 4/23, ambas de 9 de enero; (4ª) 506/22, de 24 de febrero; o (5ª) 332/22, de 30 de noviembre y 359/22, de 21 de diciembre. En todos estos procedimientos ha sido parte la apelante, por lo que conoce sobradamente el criterio de este tribunal, sin que los argumentos del recurso tengan suficiente entidad como para modificar el criterio fijado, siempre en atención al caso concreto.

6.- En el presente caso nos encontramos con una tarjeta de crédito Visa "CEPSA PORQUE TU VUELVES" que fue contratada con fecha 21 de enero de 2013 y en la que se fijaba un TAE de 26,82 % (documento nº 4 de la demanda). En relación a las tarjetas revolving hay que destacar que el Tribunal Supremo tiene fijada una doctrina clara con respecto a las mismas desde la STS Pleno 628/15, de 25 de

noviembre, seguida por otra posterior, también del Pleno de la Sala 1ª, la 149/20, de 4 de marzo, doctrina que no se ha visto alterada por las últimas resoluciones dictadas como son las SSTS 367/22, de 4 de mayo o 643/22, de 4 de octubre, pues, como señala la STS 367/22: “...No existen razones para apartarse de la doctrina sentada en esa sentencia, que reproduciremos en lo fundamental”. El Tribunal Supremo resuelve en atención al caso concreto y a los hechos que la sentencia objeto del recurso de casación declara como probados, que no pueden ser alterados dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Dichos criterios son los que deben de tomarse en consideración en este recurso al objeto de dar respuesta al mismo.

7.- La doctrina jurisprudencial fijada en la STS 628/15 y sistematizada en la STS 149/20, siendo reiterada también en la más reciente STS 258/23, de 15 de febrero, queda fijada en los siguientes extremos, resumiendo dichas resoluciones sin necesidad de acudir a copiar el texto íntegro de dichas resoluciones:

a.- 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.

b.- 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, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

c.- 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).

d.- Para la realización del denominado “test de la usura”, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero».

e.- Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudirse 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.

f.- Al realizar dicha comparación, en aquellos casos en los que se aprecie una diferencia importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero» y, por tanto, usurario.

g.- 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, dentro de aquella categoría más específica, relativa a las tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo, por ser la que presenta más coincidencias.

h.- 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.

i.- Corresponde al prestamista la carga de probar que concurren circunstancias excepcionales que justifique el interés fijado, sin que se pueda considerar como tales el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudados a este tipo de créditos al consumo.

j.- La STS Pleno 258/23, de 15 de febrero distingue dos criterios diferentes de comparación:

i.- Para los contratos posteriores al inicio de la inclusión de datos en el boletín estadísticos del Banco de España, en junio de 2013, debe de acudirse “...a la

información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso...”, debiendo de atender a la diferencia entre el TEDR (tipo efectivo de definición restrictiva) que se refleja en los citados boletines estadísticos y la TAE determinada en el contrato si bien “...en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea «notablemente». El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE”.

ii.- Para todos aquellos contratos de tarjetas de crédito revolving concertados antes de junio de 2010, cuando se comenzó a incluir en las estadísticas oficiales del Banco de España los tipos aplicados a este tipo de tarjetas, “...ha de acudir a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010...”, debiendo valorar, en este caso concreto de tarjetas anteriores a 2010, el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, debiendo acudir a tal efecto a los criterios jurisprudenciales a falta de una normativa específica en nuestro Derecho, por lo que concluye que, para estos contratos “...consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales”. Consecuencia del contenido de esta sentencia y de la necesidad de atender al caso concreto enjuiciado, no es posible entender aplicable esta diferencia a los contratos posteriores a 2010 sino sólo a los contratos anteriores a dicha fecha y ante la ausencia de una específica información oficial de los tipos medios de este tipo de tarjetas.

8.- Señalados los criterios anteriores y aplicando los mismos al caso presente, hay que partir de que el contrato de tarjeta se llevó a cabo con fecha 21 de enero de 2013, no siendo objeto de discusión que el TAE de la tarjeta de crédito a la

fecha de contratación era de un 26,82 %. Así deriva de la lectura del contrato (documento nº 4 de la demanda) y de los extractos mensuales de la tarjeta aportados como documento nº 5 de la demanda. Teniendo en cuenta que conforme al criterio de comparación más objetivo, las estadísticas del Banco de España, en el cuadro 19.3, el tipo medio de 2013 en tarjetas de crédito fue de un 20,68 y si se acude al cuadro 19.4 del boletín estadístico publicado por el Banco de España, relativo a tarjetas de crédito y tarjetas revolving, el tipo medio en diciembre de 2012, mes anterior a la contratación, era del 20,900 % y en enero de 2013, fecha de la firma del contrato de tarjeta, era de 20,9830 %, resulta evidente que el tipo fijado en la tarjeta era superior en casi 6 puntos al tipo medio de interés para operaciones del mismo tipo (un 5,84 % en el caso más favorable para la entidad de crédito), lo que supone una diferencia tan importante y no justificada que implica el carácter usurario del interés remuneratorio, al ser notablemente superior al normal del dinero, tal como acertadamente se señala en la sentencia apelada. Debiendo reiterar que el criterio señalado en la STS 258/23 ya citada sólo es aplicable a las tarjetas contratadas antes de junio de 2010 y no a las posteriores como ocurre en el presente caso. En todo caso, la cercanía al límite fijado por la citada resolución permite considerar el carácter usurario del interés fijado.

9.- La parte reitera en su recurso el argumento relativo a que no es posible tampoco utilizar los criterios del Banco de España dado que estos reflejan la denominada TEDR (tipo efectivo definición restrictiva) al ser el mismo inferior al TAE al no incluirse las comisiones como sí ocurre en este último. Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado, en sentido de desestimar dicha alegación, en la SAP Murcia (1ª) 4/23, de 9 de enero, criterio que será mantenido en este recurso. Siguiendo los razonamiento de la citada resolución reiteramos que *“Por otro lado, es de señalar que ciertamente el TAE resulta superior al TEDR, pues este último viene constituido por el TAE menos gastos conexos, tales como comisiones, prima de seguro..., según*

acertadamente se recoge en la Circular 1/2010 de 27 del mes de enero del Banco de España, desprendiéndose de ello una diferencia no excesiva entre ambos índices, no existiendo la menor duda de que el que ha de ser tenido en cuenta es el TAE según se establece en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 del mes de noviembre del año 2015... “

10.- Debe de añadirse que la necesidad acudir al tipos medios publicados por el Banco de España para establecer el "interés normal" , aunque se plantea por el Tribunal Supremo como una opción ("*puede acudirse*") y no como un mandato imperativo, consideramos que los datos ofrecidos por dicha entidad en cuanto organismo público, gozan de mayor objetividad e imparcialidad que cualquier otro elaborado por una entidad privada, aparte de que los datos con los que elabora su estadística son incuestionables, pues proceden de la información que mensualmente le remiten o facilitan las entidades de crédito sobre los tipos de intereses que aplican, evitando de esta manera que "*...el concepto de "interés normal del dinero" resulte fijado por la actuaciones de operadores fuera de control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desproporcionados*", tal como señala la STS 149/20, de 4 de marzo.

11.- La parte apelante insiste en acudir a otros criterios de comparación, lógicamente más favorables para su posición, como son el informe de Compass Lexecon aportado como documento nº 2 de la contestación de la demanda y a otros índices de ASNEF, OCU o informaciones de prensa. Sin embargo, tal informe no puede ser aceptado, dada la evidente parcialidad de sus conclusiones. Parte de la base de los datos estadísticos suministrados por las entidades de crédito al Banco de España para rechazar que pueda ser utilizado para comparar con el TAE de las tarjetas Wizink por reflejar aquellas estadísticas el TEDR e incluir tanto tarjetas de tienda como tarjetas generalistas. Llama la atención que este segundo motivo no se desarrolle en el recurso, sino se insista solo en la imposibilidad de comparar el TAE y el TEDR. En todo caso, entiende dicho informe, y con él la parte recurrente, que la

categoría más específica con la que se debe de llevar a cabo la comparación es la de “tarjetas generalistas” y, consecuentemente ofrece una comparación de los TAE de este tipo de tarjetas que eleva la media en el año 2013, fecha de la contratación, a un 23,64 %. Como se ha señalado, tal argumento no puede ser aceptado, no sólo porque no constan las fuentes de los datos, sino porque sorpresivamente se remite a los propios datos del Banco de España, lo que ya de por sí desvirtúa todo el razonamiento del informe dado que en dichas estadísticas no se diferencia entre “tarjetas generalistas” y “tarjetas de comercio” sino que se incluye una sola categoría de “tarjetas de crédito y tarjetas revolving”. Las conclusiones del citado informe Compass no se sostiene con los criterios jurisprudenciales señalados y, por ello, no puede aceptarse un interés medio como el pretendido por la recurrente.

12.- En atención a todo lo señalado, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada.

Tercero: Costas de esta alzada.

13.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Wizink Bank SAU contra la sentencia dictada en fecha 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Totana, en los autos de Juicio Ordinario nº 249/21, debemos

CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.