



Roj: **SAP O 2034/2019 - ECLI: ES:APO:2019:2034**

Id Cendoj: **33024370072019100314**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **440/2019**

Nº de Resolución: **326/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00326/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN SÉPTIMA

GIJÓN

Modelo: N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 33024 42 1 2019 0001771

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000440 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000177 /2019

Recurrente: WIZINK BANK S.A.

Procurador: MARIA JESUS GOMEZ MOLINS

Abogado: DAVID CASTILLEJO RIO

Recurrido: Conrado

Procurador: CRISTINA ARECES SUAREZ

Abogado: PALOMA GONZÁLEZ LLORENTE

SENTENCIA nº. 326/2019

PRESIDENTE: ILMO. SR. D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. JOSE MANUEL TERAN LOPEZ

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLEN

En GIJON, a diez de octubre de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 177/2019, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 440/2019**, en los que aparece como **parte apelante, WIZINK BANK S.A.**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA JESÚS GÓMEZ MOLINS, asistido por el Abogado D. DAVID CASTILLEJO RIO, y como **parte apelada, D. Conrado**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. CRISTINA ARECES SUAREZ, asistido por la Abogada D^a. PALOMA GONZÁLEZ LLORENTE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón, dictó en los autos de p. ordinario 177/19, Sentencia de fecha 14-5-19 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. Cristina Areces Suárez, en nombre y representación de D. Conrado, contra la entidad WIZINK BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín María Jáñez Ramos,

1.- Debo declarar y declaro la nulidad, por usuario, del contrato de la tarjeta de crédito Citi Bank Visa Twin, suscrito entre las partes con fecha de seis de septiembre de dos mil cinco.

2.- Debo declarar y declaro que D. Conrado sólo tiene la obligación de entregar a la entidad Wizink Bank, S.A. la suma dispuesta en concepto de capital.

3.- Y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad Wizink Bank, S.A. a reintegrar a D. Conrado las cantidades que haya percibido y que excedan del capital que haya entregado, en concepto de principal, con más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda. La determinación de dichas sumas deberá concretarse en período de ejecución de sentencia, condenando a la parte demandada a presentar y entregar copia del histórico de movimientos y liquidaciones mensuales practicadas en cumplimiento del contrato de tarjeta de crédito cuya nulidad ha sido declarada, desde la fecha en que se suscribió el contrato hasta aquella en que conste la última liquidación practicada, en el mismo formato en que fueron emitidos en su momento, con objeto de que pueda liquidarse en debida forma dicha suma de dinero.

4.- Debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de WIZINK BANK S.A., se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 9 de octubre de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON PABLO MARTINEZ HOMBRE GUILLEN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de apelación por la entidad demandada estimó la demanda interpuesta por la representación de don Conrado contra Wizink Bank, SA, y tras considerar nulo el contrato de tarjeta de crédito Citi Twin, suscrita por el demandado con Citibank (hoy Wizink Bank, SA.), con fecha de 6 de septiembre de 2005, de acuerdo con lo establecido en los arts. 1 y 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, de igual modo condenó a la demandada a reintegrar al actor las cantidades que haya percibido y que excedan del capital que haya entregado, en concepto de principal, con más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, determinación de dichas sumas que deberá concretarse en período de ejecución de sentencia, condenando a la parte demandada a presentar y entregar copia del histórico de movimientos y liquidaciones mensuales practicadas en cumplimiento del contrato de tarjeta de crédito cuya nulidad ha sido declarada, desde la fecha en que se suscribió el contrato hasta aquella en que conste la última liquidación practicada, en el mismo formato en que fueron emitidos en su momento, a tal objeto.

SEGUNDO.- Conviene precisar en primer lugar que, con independencia de la génesis de la concertación del contrato, y de que la amortización de las disposiciones por medio de la tarjeta permita fórmulas que no impliquen el cobro de intereses remuneratorios, es lo cierto que si se opta por un pago aplazado se prevé el cobro de intereses remuneratorios, por lo que el contrato está sujeto la normativa invocada en la demanda y aplicada en la sentencia, y así el art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, 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 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". La sentencia de Pleno dictada por el Tribunal Supremo el 25 de noviembre de 2015, prescinde del requisito subjetivo para considerar como usurario un préstamo, y considera suficiente a estos efectos que concurren los dos presupuesto objetivos, a saber: se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

Debemos recordar, en primer lugar, el valor jurisprudencial de la doctrina que sienta la citada sentencia del Tribunal Supremo, de cuya aplicación parte la sentencia apelada, tal como ya hemos señalado en nuestras sentencias de sentencias de 18 y 25 de enero y 8 de febrero de 2018, pese a que se trate de una única sentencia, en la medida la misma es dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, y el hecho de que se sienta un nuevo criterio al respecto, apartándose de la línea jurisprudencial hasta entonces mantenida no es obstáculo para el acatamiento del nuevo criterio, entre otras razones porque la propia jurisprudencia no es inmutable, y evoluciona, en la medida en que como señala el art. 3 del Código Civil, las normas deben interpretarse teniendo en cuenta la realidad social del momento en el que han de ser aplicadas, y de hecho en la propia resolución se razona que "A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley".

Por otra parte, añadimos, como señala la mencionada sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2018, "no puede desconocerse el valor jurisprudencial que tiene una sola sentencia de Pleno del TS, sino viene contradicha por otra posterior. En este sentido se pronuncia la sentencia del TS de 9 de mayo de 2011 que cita la apelada, que ya viene a definir lo siguiente: En todo caso, una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina. Así, lo ha dicho esta Sala en STS de 18 de mayo de 2009, rec. Núm. 1731/2004, ... pero es que a efectos de justificar el interés casacional (artículo 477 3º Ley de Enjuiciamiento Civil), los criterios de admisión contenidos en Acuerdo del TS de 27 de enero de 2017 expresamente señalan que: Cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión, de ahí que lógicamente se base la recurrida en al sentencia del Pleno no contradicha por ninguna resolución posterior, lo que obliga a rechazar su alegato".

TERCERO.- La sentencia apelada, para apreciar el primero de los presupuestos requeridos, que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, parte de la doctrina sentada por dicho Tribunal en la mentada resolución en donde además de indicar que hay que atender, más que al tipo nominal de interés remuneratorio, al TAE en cuanto representativo del coste real que para el consumidor supone la operación, señaló que "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 (sentencia 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.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada".

En el supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal se trataba de un crédito de la modalidad "revolving" con un interés del 24,6% TAE que apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, por lo que concluyó su carácter excesivo.

En la sentencia aquí apelada se aplica esta doctrina, y se concluye que estamos ante un tipo notoriamente superior al normal del dinero, y, por tanto usurario, debiendo indicarse que de acuerdo con la documental obrante en autos, el contrato fija un TAE del 24,71 %, por su utilización en compras, del 26,82 % para



disposiciones y transferencias en efectivo que resulta ser superior en más del doble al interés medio de las operaciones de préstamos y créditos al consumo en las operaciones para todos los plazos que era, según la información facilitada por el Banco de España, en septiembre, la tasa media ponderada de todos los plazos le era del 8,5 %.

CUARTO.- En el recurso, bajo la alegación de que ha existido un error en la valoración de la prueba, en realidad lo que se cuestiona es precisamente que se acuda como tipo comparativo al tipo medio para los créditos al consumo, por cuanto de lo que debe partirse es de los tipos medios usuales y propios de los créditos mediante tarjeta, particularmente en este caso de los denominados créditos revolving, considerando que a partir de la Circular 1/2010 de 27 de enero, el propio Banco de España excluyó expresamente la financiación con tarjetas de pago aplazado o *revolving* de las estadísticas propias del crédito al consumo general, publicando incluso índices estadísticos propios de las operaciones de crédito como la de autos, de suerte que estadísticamente se hace una distinción entre los precios del crédito revolving y asociado a tarjetas y el resto de las operaciones de préstamos al consumo, cosa que no sucedía cuando se dictó aquella resolución.

Sin embargo, diversamente a lo mantenido en el recurso, esta Sala ya se ha pronunciado al respecto. Particularmente en la sentencia de 21 de diciembre de 2017 ya señalábamos que "tras la entrada en vigor de la Circular del Banco de España 1/2010, de 27 de enero, que modificó la Circular 4/2002, relativa a los tipos de interés aplicados por las entidades de crédito a los depósitos y a los créditos concedidos a hogares y sociedades no financieras, para adaptarla a las modificaciones que ha introducido el Reglamento (CE) 290/2009 del Banco Central Europeo, de 31 de marzo, el Banco de España diferencia entre los tipos de interés de las operaciones de créditos al consumo de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito, y efectivamente, como señala en el capítulo 19 de su Boletín Estadístico de julio-agosto de 2010, "los cambios de la nueva Circular afectan significativamente a los datos de "Crédito al consumo hasta un año", que, a partir de los datos de junio de 2010, deja de incluir las operaciones de crédito mediante tarjeta de crédito. Estas operaciones se proporcionarán próximamente por separado, una vez que se disponga de series representativas".

Ahora bien, no es este el tipo comparativo, el que las entidades financieras aplican a las operaciones crediticias mediante tarjetas de crédito, el que utiliza la mentada resolución del Tribunal Supremo como índice para determinar el precio normal del dinero, sino que parte del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo. Este es el criterio que ha venido siguiendo esta Audiencia Provincial ante tales alegaciones (así sentencias de la Sección 4ª de 29 de septiembre de 2017, de la 5ª del 16 de octubre de 2017 o de la 6ª del 06 de octubre de 2017, o esta misma Sala en sus sentencias de 30 de marzo y 8 de junio de 2017, y es que una cosa es el interés normal del dinero, del que debe partirse para realizar la comparación, y otra distinta es que diversas circunstancias puedan justificar que se supere ese interés normal. Es cierto que estadísticamente dichos índices a los que alude la apelada ponen de manifiesto que en la práctica bancaria existe una tendencia a contratar a unos tipos remuneratorios notoriamente superiores a los que pueden considerarse como normales en operaciones de crédito al consumo, más como señala la citada sentencia de la Sección 5ª "la práctica habitual disponiendo un interés remuneratorio muy superior a otros medios de financiación no puede servir de sustento y justificación bastante, sino que, a partir de la constatación de que ese interés es notablemente superior al normal en la financiación del consumo, para soslayar la reprobación de aquella Norma y sus efectos debería acreditarse la concurrencia de una especial circunstancia que los justifique". El propio Tribunal Supremo expresamente ha señalado que ello puede venir justificado "con las circunstancias del caso", pero, tal como señaló el Alto Tribunal, estas circunstancias deben ser acreditadas por la demandada, y si bien tales circunstancias, implicar la concesión de crédito con un mayor riesgo para el prestamista al ser menores las garantías concertadas, aún cuando ello "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 como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, 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 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".

Similar decisión hemos adoptado en sentencias posteriores como las de 17 de mayo y 21 de noviembre de 2018, o en las más recientes de 20 y 27 de junio y 4 y 18 de julio y 12 de septiembre de 2019, estas últimas, con respecto a la misma apelante, en un supuesto similar en cuyo recurso se vertieron análogos argumentos a los aquí esgrimidos.



QUINTO.- En el supuesto de autos concluyéndose por lo razonado que los tipos de interés remuneratorios exceden notoriamente de los tipos medios de créditos al consumo, debemos analizar el otro motivo del recurso, centrado en las circunstancias que, a juicio de la recurrente, justificarían el exceso, a cuyos efectos se alude al elevado número de operaciones de crédito de pequeños importes que se conceden para favorecer el consumo de personas físicas en los: que no prestan garantías (personales o reales) de devolución de ningún tipo (avales, fianzas, hipotecas); a los que tampoco se les exige ninguna vinculación con el banco emisor de la tarjeta (domiciliación de recibos, nóminas o suscripción de seguros); que, como regla casi general, pueden escapar a cualquier tipo de ejecución procesal, dados los altos costes de transacción que para la entidad tendría litigar por una cantidad de deuda que, a diferencia de la hipotecaria, es ordinariamente pequeña; y cuya tasa de morosidad se encuentra en niveles del 25%15, como destacaba el diario "Expansión" en el año 2009.

Ninguno de estos argumentos nos parece suficiente para sostener la posibilidad de una elevación del precio del crédito revolving teniendo presente que, en realidad, estamos hablando de unas contingencias que son comunes a todos los supuestos de financiación mediante contratos, no solo de apertura de crédito, sino también de préstamo simple, con independencia de que la disposición del capital objeto del crédito se haga mediante tarjeta o no, y estemos o no ante el supuesto específico de un crédito revolving. Por lo tanto y siendo ello así, y en la medida en que el índice del precio normal del dinero manejado lo es el de créditos al consumo, lo sea ya mediante préstamos o aperturas de crédito, sin distinción en función de que la concesión se haga por bancos o establecimientos financieros de crédito tales particularidades no pueden considerarse como circunstancias a tener en cuenta.

Y en cuanto a los aspectos referidos el mayor riesgo que implica este tipo de operaciones, ya hemos señalado en las sentencias citadas ante el argumento del mayor riesgo de estas operaciones "al suponer unas menores garantías, en la medida en que usualmente estos créditos no suele implicar la exigencia de garantía alguna, considerando que la finalidad del mismo es esencial para determinar un mayor nivel de riesgo, puesto que en un crédito revolving, la entidad financiera no condiciona la finalidad del gasto a financiar, al considerar relevante que la entidad evalúe la necesidad a la que el crédito está destinado a cubrir, en la medida en que no es lo mismo que se trate de una necesidad desde la más perentoria (vivienda) o de cualquier gasto de tipo más suntuario (unas vacaciones), implicando en este último caso un mayor riesgo de morosidad, puesto que en los casos de insolvencia, el cliente prioriza sus pagos función de sus necesidades, y finalmente se concluye que estos riesgos se agravan cuando de establecimientos financieros de crédito, dada la carencia de vinculación con el cliente a diferencia de lo que puede ocurrir con un banco quien por ello tendrá datos precisos para su evaluación", que como más arriba se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, al hacer mención a la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, que ello no justifica tan notorio incremento como el pretendido.

SEXTO.- Lo expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto y de conformidad con lo establecido en el art. 398 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la apelante las costas causadas por razón del mismo.

Vistos los razonamientos jurídicos realizados y los preceptos legales de general y pertinente aplicación, esta Sala dicta el siguiente,

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de WIZINK BANK S.A. contra la sentencia de 14 de mayo de 2019, dictada en autos de P. Ordinario 177/19 tramitados en el Juzgado de primera instancia 7 de Gijón que **se confirma**, con imposición a la apelante de las costas causadas por razón del recurso.

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