



Roj: **SAP PO 146/2019 - ECLI: ES:APPO:2019:146**

Id Cendoj: **36038370012019100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2019**

Nº de Recurso: **626/2018**

Nº de Resolución: **65/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00065/2019

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PG

N.I.G. 36038 42 1 2017 0000264

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000626 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000054 /2017

Recurrente: Felisa

Procurador: JOSE MIGUEL GIL MAYORAL

Abogado: DAVID CAMACHO ALONSO

Recurrido: **WIZINK BANK SA**

Procurador: PEDRO SANJUAN FERNANDEZ

Abogado: BEATRIZ VIVAR GARCIA

SENTENCIA Nº 65/19

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª.MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

En PONTEVEDRA, a siete de febrero de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000054 /2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000626 /2018, en los que aparece como parte **APELANTE**, Felisa , representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE MIGUEL GIL



MAYORAL, asistido por el Abogado D. DAVID CAMACHO ALONSO, y como parte **APELADA**, **WIZINK BANK SA**, representado por el Procurador de los tribunales, D. PEDRO SANJUAN FERNANDEZ, asistido por el Abogado D^a. BEATRIZ VIVAR GARCIA, sobre Procedimiento Ordinario, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Pontevedra, con fecha 30.10.18, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Desestimar la pretensión principal de la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Gil Mayoral, actuando en nombre y representación de Felisa , contra la entidad **WIZINK BANK S.A.**, representada por el Procurador Sr. Sanjuán Fernández, y absolver a la entidad demandada de las pretensiones formuladas frente a la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Estimar la pretensión subsidiaria de la demanda formulada por el Procurador Sr. Gil Mayoral, actuando en nombre y representación de Felisa , contra la entidad **WIZINK BANK S.A.**, representada por el Procurador Sr. Sanjuán Fernández, y condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 615 euros, más los **intereses** legales de esta cantidad desde la fecha de interposición de la demanda y todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 El recurso de apelación trae causa de la demanda formulada por la representación procesal de D^a Felisa en la que pretendía la nulidad, por **usurario**, del contrato de préstamo concertado con la entidad Citibank. En un breve razonamiento, la demandante expresaba que el tipo de **interés** del préstamo resultaba **usurario**, al aplicarse una TAE del 26,82%, a lo que se añadía que a la prestataria le resultaba imposible determinar con precisión las cantidades efectivamente abonadas. Con carácter subsidiario se solicitaba la devolución de las sumas abonadas en concepto de comisiones, al no responder a ningún servicio efectivamente prestado.

2 Con la demanda se acompañaba copia del formulario prerredactado en el que se documentó el contrato, - con un reverso que incorporaba un condicionado general ilegible en la versión aportada-, y recibos de pago de principal e **intereses**. La demanda fundamentaba la pretensión de nulidad en la Ley de represión de la usura y, respecto de la pretensión de devolución de la comisión, en una OM y en la Circular del Banco de España 8/90, exigentes de que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados. La súplica de la demanda exigía, como pedimento principal, la declaración de nulidad del contrato, concertado el 24.7.09, y la restitución de " *la diferencia entre el importe dispuesto en concepto de préstamo y lo pagado por todos los conceptos, incrementado en el **interés** legal del dinero* ".

3 La entidad demandada se opuso a la demanda. Tras subrayar el conocimiento por la solicitante del préstamo de sus condiciones generales, la contestación destacaba el funcionamiento de la **tarjeta**, con las dos modalidades de amortización de las cantidades dispuestas (pago total o aplazado, en la modalidad conocida como revolving), y rechazaba la tesis de que el **interés** fuera notablemente superior al habitual para este tipo de operaciones. Para justificar esta afirmación se hacía alusión a la necesidad de aplicar los índices fijados por el Banco de España para esta clase de operaciones, que oscilan en torno a los 20,66% de TAE.

4 En relación con la pretensión subsidiaria, la entidad prestamista sostenía la plena validez de las comisiones bancarias, y en particular destacaba que la comisión por reclamación de cuotas impagadas respondía a servicios efectivamente prestados, consistentes en las gestiones efectuadas por el departamento de gestión de cobros. La oposición a la demanda se sostenía igualmente sobre el argumento de que la demandante contravenía sus actos propios, pues había dejado transcurrir más de siete años en formular su reclamación, mientras que vino haciendo uso del crédito en las condiciones pactadas.

5 En el acto de la audiencia previa se acordó requerir a la prestamista a fin de que aportara un extracto de las disposiciones efectuadas con cargo a la **tarjeta**, así como los pagos realizados y sus conceptos. Así lo efectuó la parte demandada, uniéndose a los autos los extractos de la **tarjeta** y el cuadro de amortización del préstamo. Conferido traslado a la demandante, concretó cuantitativamente su reclamación principal en la suma de 15.409,26 euros y formuló una nueva petición subsidiaria, que pasaba por aceptar la legalidad de los



intereses abonados durante el primer año, en la suma de 547,48 euros. Sin embargo, en la súplica del escrito de alegaciones (vid. folio 208 de las actuaciones), la cantidad principal se concretaba en 2.046,31 euros, y subsidiariamente en 1.498,83 euros.

La sentencia de primera instancia.

6 La sentencia desestimó íntegramente la demanda. Tras hacer resumen de las posiciones de las partes, la sentencia transcribe casi íntegramente el extenso fundamento jurídico segundo de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial (SAP Vizcaya, 2ª, 344/16, de 22.12), que a su vez resume la jurisprudencia del TS sobre la aplicación de la Ley Azcárate a contratos similares al que constituye el objeto del litigio, y diferencia su régimen jurídico del control de abusividad propio de la normativa de consumo. La cita no continúa hasta el final de tal fundamento, que concluía rechazando la posibilidad de considerar prescrita la acción.

7 El fundamento jurídico cuarto de la sentencia objeto de recurso se describen las características generales del contrato. Seguidamente la sentencia, con remisión al criterio seguido por el TS, considera que deben tomarse como índice de comparación para determinar si el **interés** es "notablemente superior al normal del dinero" las estadísticas publicadas por el BdE, y en particular toma como criterio de comparación los datos del tipo de **interés** fijado por la Circular 1/2010 para las operaciones de crédito al consumo mediante **tarjetas** de crédito, pues las medias de las TAEs aplicadas a esta clase de operaciones eran similares a los fijados para la operación analizada. Finaliza el razonamiento apuntando al uso prolongado que la prestataria realizó de la **tarjeta** y al riesgo asumido por la prestamista.

8 En relación con el pedimento subsidiario relativo a las comisiones, la sentencia parte de la suma de 650 euros asumida por la prestamista, pero considera que la demandada no ha acreditado que tales sumas respondan a servicios efectivamente prestados, lo que conduce a la estimación del pedimento.

Recurso de apelación formulado por la representación demandante.

9 La recurrente razona que el término de comparación no es el correspondiente a los tipos de **interés** de operaciones con **tarjetas**, sino la media de los préstamos al consumo en general, que giran en torno al 10%, por lo que una TAE del 26% integraría el concepto del **interés usurario**. El argumento descansa en la cita de la STS 25.11.15 (y en la interpretación ofrecida por otra sentencia provincial), dictada cuando ya se había publicado la circular de 2010 a la que hace alusión la sentencia de primera instancia. Se sostiene también que no existen diferencias significativas en cuanto al riesgo en las operaciones de crédito al consumo respecto de las disponibles con **tarjeta**, y se alude incidentalmente a riesgos para el mercado de seguirse la interpretación asumida en la sentencia.

10 El recurso impugna también el pronunciamiento sobre costas, que había impuesto a la demandante el pago de las devengadas por la desestimación de la pretensión principal.

Valoración de la Sala.

11 La cuestión objeto del proceso en esta segunda instancia ha sido ya resuelta en ocasiones anteriores por este Tribunal. El núcleo del debate queda centrado en la determinación del criterio de comparación entre el **interés** pactado en el contrato y el **interés** normal del dinero para operaciones similares, en línea con lo razonado en la sentencia del pleno de la Sala Primera del TS 628/2015, de 25 de noviembre, a fin de determinar si se integra la hipótesis normativa del art. 1 de la Ley Azcárate, de 23.7.1908 de tratarse de un "**interés notablemente superior al normal del dinero**". Recordemos que la repetida sentencia, de constante referencia a lo largo del litigio, se expresaba del siguiente modo:

"... [d]ado 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, 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.

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 ."

12 La discusión se centra en precisar si, como sostiene el apelante, el término de comparación debe ser el **interés** previsto como tipo medio para las operaciones de préstamo al consumo, -sea en la fecha de celebración del contrato, sea en sus sucesivas novaciones-, o si, por el contrario, debe operarse con un término más preciso de comparación, referido al tipo de **interés** medio para contratos de préstamo al consumo en su modalidad de disposición con **tarjeta**, en particular tras la derogación de la Circular del Banco de España 4/2002 por virtud de la circular 1/2010, que dio entrada a tipos específicos en su estadística para las "nuevas operaciones de préstamo". Este criterio ha sido el seguido por la sentencia de primera instancia, como ha quedado dicho.

13 La cuestión resulta notoriamente polémica en la doctrina y en la jurisprudencia de los órganos provinciales, incluso después del dictado de la mencionada sentencia de Pleno. Esta Sala de apelación no desconoce que un número relevante de resoluciones de órganos provinciales vienen razonando en la forma que propone el recurrente, pero razones de seguridad jurídica nos determinan a seguir la línea de razonamiento ya apuntada por este órgano de apelación en nuestras sentencias 592/2017, de 15.12 y 420/18, de 26.11, en las que ante casos similares al que ahora nos ocupa, optamos por atender a los nuevos tipos de **interés** aplicados por las instituciones financieras monetarias para las concretas operaciones como la que ahora es objeto de enjuiciamiento, como referencia diferente a la prevista para el resto de operaciones de crédito al consumo. En dicha resolución entendimos que una TAE del 25,34% no podía considerarse superior notablemente al **interés** normal del dinero y, consiguientemente, estimamos el recurso revocando en este aspecto la resolución recurrida.

14 Idénticos razonamientos nos llevan a desestimar el recurso de apelación. Consideramos que la concreta modalidad de crédito, conocido como "revolving" contiene elementos distintivos respecto del resto de operaciones de crédito al consumo, que aconsejan operar con criterios específicos dentro de esta especial forma de financiación. Se trata de operaciones de micropréstamo ligadas normalmente a operaciones de consumo, que se caracterizan por carecer de un plan de amortización anticipado, de manera que es el cliente el que libremente va programando la amortización, al tiempo que libera la posibilidad de nuevas disposiciones. Más concretamente, acudiendo a la información facilitada por el Portal del cliente bancario del BdE, el funcionamiento de estas operaciones se describe del siguiente modo: "...son **tarjetas** de crédito en la que se ha elegido la modalidad de pago flexible. Te permiten devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas. Dentro de unos límites prefijados por tu banco, podrás fijar el importe de la cuota, pero sé consciente de que con cada cuota pagada el crédito disponible de la **tarjeta** se reconstituye, es decir, puedes volver a disponer del importe del capital que amortizas en cada cuota". Es peculiaridad de estos contratos el que las cuantías de las cuotas restituidas por el cliente vuelven a formar parte del crédito disponible, ampliándose el límite de las disposiciones; y al tratarse generalmente de amortizaciones de pequeño importe, -elegidas por el propio cliente-, en ocasiones apenas alcanzan para el pago de los **intereses** remuneratorios generados por la disposición del principal, de manera que éste sigue generando **intereses**, incrementándose el importe de la deuda.

15 Hemos precisado en ocasiones anteriores que la tutela del consumidor en esta clase de contratos, que sin duda generan riesgos y costes muy elevados, (y que de hecho generan en determinado tipo de consumidores un claro riesgo de sobreendeudamiento, por variadas razones), puede obtenerse a partir de las normas generales de los vicios del consentimiento, o bien, por la vía del control de incorporación previsto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, -pues se trata de contratos de adhesión sometidos a estipulaciones de esta clase-, pudiéndose además someter sus cláusulas al control de contenido de abusividad, siempre que no se trate de los elementos esenciales del contrato. Dispensan también una protección específica, -dentro del caos regulatorio que caracteriza al ordenamiento patrio en relación a las operaciones de crédito al consumo en general-, las Leyes de Crédito al Consumo y la Ley 22/2017 de comercialización a distancia de servicios financieros, de concurrir los requisitos necesarios para su aplicación, amén de la pluralidad de normas de diverso rango que regulan la comercialización y la publicidad de esta clase de productos por las entidades financieras, sometidas o no a supervisión oficial.



16 Como complemento a estas formas de tutela, en relación al **interés** remuneratorio de los préstamos (precio del contrato y, por ende, elemento esencial), la Ley de represión de la usura permite declarar la nulidad del contrato mismo en el caso de que el **interés** fuera notablemente superior al normal del dinero y resulte desproporcionado a las circunstancias del caso. Dentro de este particular sistema de control, resulta obligado un juicio comparativo entre tipos de **interés**: entre el fijado para el caso enjuiciado y el normal o habitual para operaciones de la misma clase. Esta es la única alegación que sustenta la demanda. No se conocen las concretas circunstancias fácticas en las que se concertó el préstamo, al no haberse practicado otra prueba que la documental aportada por las partes.

17 La remisión a los tipos de **interés** publicados por el Banco de España para operaciones análogas exige indagar la concreta clase de operación referenciada en sus índices. El elemento de comparación exige identificar el mercado de crédito relevante. Tras la circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España sobre estadísticas de los tipos de **interés** que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, se han especificado los datos de comparación para los créditos instrumentados a través de préstamos renovables y a través de disposiciones con **tarjeta** de crédito de pago aplazado, como es el que ocupa. De este modo se ha dotado de contenido al elemento de comparación al que aludía la repetida STS en el contrato marco contractual convenido por los litigantes, fijándose tipos de **interés** notablemente superiores al de otras operaciones de consumo, moviéndose en cifras de TAE próximas al 21%, precisamente por las notas diferenciales de esta clase de préstamos frente al resto de créditos al consumo (carácter normalmente indefinido de la contratación con la consiguiente incerteza del momento de su amortización; ausencia de las garantías específicas de otras modalidades de crédito al consumo; pequeña cuantía de las disposiciones, que puede hacer muy costosa la gestión de su recobro; ausencia de un control previo de solvencia según la modalidad de contratación). Por estas razones, una TAE del 26,82% no resulta notoriamente superior a la media de las operaciones de referencia. Se desestima el motivo.

18 A ello también hemos añadido la consideración de la antigüedad de la contratación, habiendo recibido la prestataria durante un prolongado período de tiempo liquidaciones periódicas (vid. folios 117 y ss.) contra las que no formuló objeción conocida desde la fecha del contrato, en el año 2009. Por estas razones la sentencia se ha de ver confirmada en relación con la desestimación de la pretensión principal.

19 Sin embargo consideramos procedente la impugnación del pronunciamiento condenatorio en costas. La sentencia ha estimado el pedimento subsidiario relativo a la nulidad de la comisión de recobro, por un importe de 615 euros; pese a ello la sentencia condena a la demandante por las costas " *respecto de la pretensión principal* " y no condena a las costas derivadas de la estimación de la pretensión subsidiaria por no haber sido solicitadas por la parte.

20 La estimación de la pretensión subsidiaria y la desestimación de la principal suele llevar, precisamente, a la solución contraria a la que propone la sentencia. En los casos de pretensiones alternativas (*rectius* , acumuladas en acumulación objetiva subsidiaria), la doctrina jurisprudencial suele entender que cuando se estima íntegramente una de las pretensiones alternativamente acumuladas, procede la aplicación de la regla del vencimiento objetivo. Así lo recordaba la STS 17.12.2004 cuando afirmaba que " *las Sentencias de 29 octubre 1.992 ; 16 noviembre 1.993 - para pedimentos alternativos - ; 27 noviembre 1.993 - en relación con fijación de cuantía indemnizatoria, con argumento de "estimación sustancial " ; 30 mayo 1.994 ; 1 junio 1.995 - sobre acogimiento de petición subsidiaria " que no permite sostener que el supuesto es de estimación no total de la demanda " ; 12 noviembre 1.996 - estimación íntegra de una de las dos acciones ejercitadas, en forma alternativa, por el actor - ; 15 marzo y 11 julio 1.997 y 27 octubre 1.998 - que reproducen la redacción de las de 29 octubre 1.992 y 27 noviembre 1.993 - ; 18 diciembre 1.999 - por representar aceptación total de la demanda - ; 18 septiembre 2.001 - alternativa - ; 28 febrero 2.002 - subsidiaria - ; y 10 junio 2.004 - alternativas -* .

21 Así lo hemos entendido por esta sala de apelación en numerosos supuestos anteriores, con la excepción de los casos en los que la acumulación de pretensiones en forma subsidiaria lo que lleva a cabo es una delimitación del contenido cuantitativo de la pretensión, no una acumulación de pretensiones eventuales incompatibles entre sí, o más claramente en aquellos casos en los que lo único que se pretende es agotar las distintas posibilidades del pronunciamiento judicial, con la finalidad de impedir toda opción de una estimación parcial que condujera a la no imposición de costas, supuesto de mala fe procesal, lo que no acontece en el caso.

22 Por tanto, estimada la pretensión subsidiaria lo procedente era la condena en costas a la parte demandada, que se opuso íntegramente a las pretensiones de la actora. No obstante entendemos que la intensidad del control de transparencia en supuestos como el que ocupa supone una cuestión jurídica compleja que, conocidamente, viene siendo resuelta de forma desemejante por la jurisprudencia provincial. Por tal razón optamos por no imponer costas en ninguna de las dos instancias.



Vistos los preceptos citados,

FALLO

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Felisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra de fecha 31.01.18 , recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 54/2017, resolución que confirmamos en su integridad con excepción del pronunciamiento condenatorio en costas. No se efectúa pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias. Decretamos la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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