

Juzgado de Primera Instancia N°. 4 de Fuengirola, Sentencia 177/2018 de 20 Jun. 2018, Proc. 1184/2017

Ponente: Elena Almeida, María Concepción.

Nº de Sentencia: 177/2018

Nº de Recurso: 1184/2017

Jurisdicción: CIVIL

En Fuengirola a 20 de junio de 2018.

Vistos por D^a Concepción Elena Almeida, Juez sustituta del Juzgado de primera Instancia nº 4 de Fuengirola, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el nº 1184/2017, a instancia de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) representada por el Procurador D. Ignacio Sánchez Díaz y asistida de la Letrada D^a Belén Rincón Pérez, contra WIZINK BANK S.A., representada por la Procuradora D^a M^a del Pilar Ballesteros Diosdado y asistida del Letrado D. Francisco Javier Martínez Díaz, constando suficientemente en las actuaciones sus demás circunstancias personales y recayendo la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador indicado, en la representación antedicha, se presentó demanda de procedimiento ordinario, repartida a este Juzgado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminaba suplicando que se dictara sentencia de conformidad con el suplico de la demanda y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y registrada, se dio traslado de ella a la parte demandada, que contestó en tiempo y forma oponiéndose. Convocadas las partes a la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la LEC 1/2000 comparecieron ambas no proponiéndose más prueba que la documental obrante en autos, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 429.8 de la referida LEC quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Procedimiento se han observado los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora una acción declarativa por la que interesa, con carácter principal, una acción de nulidad contractual y subsidiariamente de algunas de sus cláusulas, en concreto del crédito "revolving" suscrito entre su asociado, y la entidad Citi Bank España, que posteriormente fue asumido por "banco popular-e" y que en la actualidad es la entidad demandada WIZINK BANK S.A., argumentando que el asociado, en el año 2009 contrató una TARJETA VISA CEPESA PORQUE TU VUELVES, que le fue ofrecida en una gasolinera; que en ese momento únicamente le dijeron que la tarjeta era gratuita, pero ni se le facilitó un contrato ni se le informó de las opciones de pago y de las condiciones de la misma, de las que solo se percató con el uso. De este crédito, afirma la actora haber dispuesto de 31.909,93€ y haber abonado 31.545,90€. Siendo el TAE fijado del 26%, la demandada le reclama el abono de 9.918,59 €, considerando la actora que este interés tiene carácter usurario, solicita con carácter principal la nulidad del crédito "revolving" suscrito entre las partes y en consecuencia que se declare que el asociado, solo tenga que hacer frente al capital dispuesto, sin intereses, lo cual supone a fecha de la demanda la devolución de 364,03€ y no los 9.918,59 € que la demandada le reclama.

En el acto de la audiencia previa la parte actora, a la vista de las manifestaciones de la demandada en su escrito de contestación y de los cálculos con él aportados, modificó el petitum en relación a la cuantía debida, asumiendo la concurrencia de un error en las cuentas, de modo que la diferencia entre la cantidad del crédito dispuesta y la abonada no serían 364,04€ sino 1.344,27€ , según indica la demandada, lo cual provocó un incidente en relación con la cuantía del procedimiento por cuanto que la actora pretendía fijar la misma en 9.918,54 €, en función de la cantidad que la demandada reclama al asociado, mientras que la demandada solicitó que se fijase en 364,36€ que es la cantidad que ab initio consideraba la actora que era debida. Por tal motivo se planteó, igualmente la excepción de inadecuación de procedimiento, resolviéndose la cuestión en el mismo acto de la audiencia previa en el sentido de considerar que la cuantía debe fijarse en la cantidad de 1.344,27€ por ser la que se propone por la actora como debida en el presente, de conformidad con lo establecido en el artículo 251.8 de la LEC, y que el procedimiento adecuado es el Ordinario según lo establecido en el artículo 249.5 de la LEC pues lo que se está reclamando es la nulidad de un contrato y algunas de sus condiciones o estipulaciones.

Con carácter subsidiario, solicita la actora que se declare la nulidad del cobro de 129,42€ en concepto de "prima de pagos protegidos" por inexistencia de consentimiento, así como de la "comisión por reclamación por recibo impagado" por importe total de 784€, por inexistencia de causa para su devengo, condenando a la demandada a excluir tales importes de la cantidad adeudada.

Todo ello con fundamento jurídico en la Jurisprudencia recaída sobre la materia, siendo asimismo legislación aplicable la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, y considerando que existe falta de transparencia en las condiciones de la tarjeta.

La parte demandada se opuso a la pretensión argumentando en síntesis que el interés remuneratorio no es usurario, que todas las cláusulas del contrato superan el control de incorporación y transparencia, que la adhesión al seguro de pagos protegidos es válida y eficaz, al igual que la comisión por impago de cuota impagada y que la demanda del actor vulnera la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO.- Son hechos controvertidos los siguientes:

Respecto de la pretensión principal:

1.- Si el préstamo es usurario por que el TAE es superior al normal. Considerando la actora que debe compararse con el interés en otras operaciones del crédito al consumo y la demandada que es un mercado "sui generis" con tasas de interés propia del Mercado de Tarjetas de Créditos y se aplican intereses superiores a los de préstamos al consumo.

2.- Si el tipo es desproporcionado a las circunstancias del caso, y si está justificado o no estas circunstancias.

3.- Si el uso reiterado de la tarjeta por el actor implica conocimiento y si ello implica ir contra sus propios actos.

Respecto de la petición subsidiaria:

1.- Si la reclamación de la cuota impagada tiene causa

2.- Si existe consentimiento o no para contratar seguro de protección de pagos.

No resulta controvertido el carácter de consumidor del asociado que contrató el crédito objeto del presente procedimiento, en los términos establecidos por la Directiva 93/13/CEE, que entiende por consumidor *"toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional (artículo 26)"*; ampliando nuestra legislación tal concepto a *" las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y 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"* (artículo 3 del RD 1/2007, TRLGDCU).

TERCERO.- En cuanto a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, Ley de Represión de la Usura, hay que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 9 que 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"*.

Resulta muy ilustrativa, entre otras muchas y por todas, aplicable al caso que nos ocupa, la SAP Oviedo, de fecha 6 de octubre de 2017, en referencia a la mencionada STS de 25 de noviembre de 2015 afirma en su Fundamento Jurídico Segundo: " *La sentencia de Pleno del TS de 25 de noviembre de 2015 , cuya doctrina aplica la recurrida, declara el carácter usuario de un crédito "revolving", concedido a consumidor demandado, razonando al respecto que " La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa, ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo "*.

Es más, en la propia sentencia de Pleno precitada, ya se argumenta y justifica la procedencia de esta aplicación de la Ley de Usura, a contratos de crédito distintos al tradicional de préstamo y así, se declara en la misma: " En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía comercial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito «sustancialmente equivalente» al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio, 113/2013, de 22 de febrero y 677/2014, de 2 de diciembre.

Por otra parte, en cuanto a la interpretación del art. 1 de la citada Ley de Usura, se razona en la misma 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 tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, 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 sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley ".

CUARTO.- *La demanda fundamenta su pretensión principal en la consideración como usurario del crédito "revolving", contratado con la tarjeta y todo ello al amparo de la jurisprudencia sentada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, relativa a un supuesto idéntico en el que el interés remuneratorio, para el caso de que se aplazara el pago, fue del 24,6% TAE, consideró que se infringía el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura.*

En el presente caso el contrato fue suscrito en el año 2009, según la actora en el mes de septiembre, según la demandada en el mes de julio, aportando la demandada como Documental nº 2 un impreso de solicitud de tarjeta al que denomina "el contrato". Se reconoce por ambas partes en litigio que el interés TAE es del 26,82% siendo objeto de cuestión si tal cantidad es normal, proporcionado y justificado para el caso que nos ocupa.

En este punto resulta igualmente de aplicación la anteriormente mencionada SAP Oviedo, de fecha 6 de octubre de 2017, que señala en su Fundamento Jurídico Cuarto:

"Es evidente que no puede tomarse como referencia como se dice en el recurso para considerar lo que sea "el interés normal del dinero" el ofrecido en el mercado para este tipo de productos, es decir, para las tarjetas de crédito sin garantías adicionales, para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero, sino por razones de transparencia reforzada exigible en contratos celebrados con consumidores, con cláusulas generales predispuestas como es el caso, la tasa anual equivalente, (TAE), pues según tal sentencia de Pleno," (en referencia a la STS 21 de noviembre de 2015)

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, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario 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.").

En el caso que nos ocupa, la actora aporta como Documento nº 8 de la demanda una lista con los distintos tipos de interés aplicados por las entidades bancarias en los créditos al consumo, publicados por el Banco de España, en la que se aprecia que la media está entre el 7 y el 9 por ciento, que si se compara con el 26,82% que se aplica en el presente caso nos lleva a concluir que resulta desproporcionado y notablemente superior al normal del dinero.

QUINTO.- En cuanto a la concurrencia de circunstancias que justifiquen dicha desproporción, volvemos de nuevo al amparo de la meritada SAP Oviedo, de fecha 6 de octubre de 2017, que para idéntico supuesto razona en su Fundamento Jurídico Quinto:

"Por lo que se refiere a la concurrencia de circunstancias excepcionales, y la no concurrencia de situaciones subjetivas de necesidad que le fuercen a aceptar ese interés del 26,82% TAE.

Motivo de oposición que debe rechazado por cuanto ya tenemos dicho en la citada sentencia de esta sala: "En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada", concluyendo que ese carácter del crédito al consumo por el tipo de operación, no constituye circunstancia extraordinaria que lo justifique, razonando al respecto 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 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 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".

Siendo las circunstancias excepcionales alegadas en el presente supuesto, el hecho que el destino de financiación no estaba ligado a ninguna necesidad más o menos relevantes, antes al contrario, y al hecho de haber contratado más tarjetas con el mismo fin y haberlas usado con normalidad durante 8 años, las cuales no pueden acogerse como circunstancias excepcionales pues todas ellas van ínsitas en lo que es propio de un crédito al consumo no alegando otras circunstancias excepcionales subjetivas concurrentes que determinaran la necesidad de aplicar ese interés tan elevado."

Considerando esta juzgadora que el anterior razonamiento es de aplicación plenamente al presente caso.

SEXTO.- Se propone por las partes como otro hecho controvertido si el uso reiterado de la tarjeta por el actor implica conocimiento y si ello implica ir contra sus propios actos.

También a este supuesto se refiere y resuelve la SAP Oviedo, de fecha 6 de octubre de 2017 a la que venimos reiteradamente haciendo referencia, que en remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resuelve en su Fundamento Jurídico Sexto:

" La STS de 29 de marzo de 2016 se pronunció refiriéndose a contratos bancarios en que se impetraba la nulidad por error en el consentimiento pero que puede perfectamente aplicarse al supuesto que con ocupa y respondiendo a idéntica alegación que a la que ahora se formula, en el sentido siguiente: " esta sala ha dicho ya en numerosas ocasiones, para descartar que nos encontremos ante una infracción de la teoría según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer dicha situación confirmatoria".

Debe igualmente rechazarse la convalidación a que se alude en el recurso haciendo alusión al conocimiento y consentimiento de la actora, tanto previo como posterior a la celebración del contrato, del tipo de interés remuneratorio establecido en el mismo, pues siendo como es la sanción establecida en la Ley de Usura, para los créditos calificados según la misma de usurarios, de nulidad absoluta, y no mera anulabilidad, la misma sentencia de Pleno tan citada del tribunal Supremo ya recoge que esta sanción comporta una ineficacia del negocio que es radical, absoluta y originaria, y que en cuanto tal no admite convalidación confirmatoria porque es fatalmente insubsanable afectando la misma a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, de que ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo.

Todo lo expuesto nos lleva a la total estimación de la demanda interpuesta.

SÉPTIMO.- De acuerdo con lo establecido en el art. 394 de la LEC, se imponen las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda presentada por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) representada por el Procurador D. Ignacio Sánchez Díaz contra WIZINK BANK S.A., representada por la Procuradora D^a M^a del Pilar Ballesteros Diosdado debo declarar la nulidad por usuraria de la cláusula que establece el interés remuneratorio del contrato de TARJETA VISA CEPESA PORQUE TU VUELVES suscrito el día 17 de julio de 2009 entre la demandada y el asociado de la actora, declarando que la cantidad debida por éste a la demandada asciende a 1.344,27€.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Líbrese y únase certificación de esta sentencia a las actuaciones, con inclusión de la original en el libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación en el plazo de 20 días a partir del siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe , estando celebrando en audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe .