



Roj: **SAP TF 132/2020 - ECLI: ES:APTF:2020:132**

Id Cendoj: **38038370012020100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2020**

Nº de Recurso: **482/2019**

Nº de Resolución: **25/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PALOMA FERNANDEZ REGUERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: ANA

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000482/2019

NIG: 3803842120180009739

Resolución: Sentencia 000025/2020

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000751/2018-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Apelado: **Crescencia** ; Abogado: Ymer Isaac Gonzalez Rodriguez; Procurador: Elena Margarita Lara Rodriguez

Apelante: **Wizink** Bank S.a.; Abogado: David Castillejo Rio; Procurador: Maria Jesus Gomez Molins

SENTENCIA

Il'tmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPAR PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

D^a MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a dieciseis de enero de dos mil veinte.

Visto por los Il'tmos. Sres./a. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de juicio ordinario n.º 751/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, promovidos por D^a **Crescencia** , representada por la Procuradora D^a Elena Lara rodríguez , y asistida por el Letrado D. Isaac González Rodríguez , contra la



entidad **Wizink** Bank, S.A, representada por la Procuradora D^a M.^a Jesús Gómez Molins, y asistida por el Letrado D. David Castillejo Río; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Il^{ta}. Sra. Magistrada Juez D^a M.^a del Mar Sánchez Hierro del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia el 8 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "1º) Se estima la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Crescencia frente a **WIZINK BANK**, S.A.

2º) Se declara la nulidad de las estipulaciones que fijan el interés remuneratorio y la comisión por reclamación de deuda en el contrato concertado por los litigantes el día 27 de diciembre de 2016.

3º) Se condena a la demandada a abonar a la actora el saldo que resulte a su favor una vez practicada la correspondiente liquidación, conforme a lo resuelto en el Fundamento de Derecho Quinto, más los correspondientes intereses.

4º) Las costas procesales se imponen a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 16 de enero de 2020.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D^a Crescencia se interpuso demanda contra la entidad **WIZINK BANK SA**, al objeto de declarar la nulidad, en primer lugar, de la cláusula contractual que establece los intereses remuneratorios del contrato suscrito por las partes de fecha 27 de diciembre de 2016, por la carencia absoluta de información y transparencia, y se condene a la entidad demandada a reintegrar todas las cantidades abonadas durante la vida del crédito en concepto de intereses remuneratorios, y, en segundo lugar, la declaración de nulidad de pleno derecho de comisión por reclamación de cuota impagada de 35 euros, y, se condene a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades que hubiera cobrado en virtud de esta cláusula más los intereses correspondientes, cantidades a determinar en ejecución de sentencia.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia núm. 5 de esta capital, estima la acción deducida con carácter principal, condenando a la entidad demandada, **WIZINK BANK**, el saldo que resulte a su favor una vez practicada la correspondiente liquidación conforme a lo resuelto en el Fundamento de Derecho quinto más los correspondientes intereses.

La entidad demandada interpone recurso de apelación, alegando, 1.- que todas las cláusulas del contrato superan el control de inclusión y transparencia; 2.- que los intereses remuneratorios constituyen un elemento esencial que no está sujeto al control de abusividad; 3.- que las comisiones cobradas por el Banco son válidas y eficaces y; por último, 4.- que las actuaciones de la demandante contraviene sus actos propios.

SEGUNDO.- Delimitado el alcance de la apelación en los términos expuestos, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, de Pleno sobre el control de transparencia, sintetiza en qué consiste en los siguientes términos:

"El control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".



El Alto Tribunal ha marcado una clara divisoria entre control de incorporación y control de transparencia, enfatizando que este segundo no atiende a la mera mera transparencia documental o gramatical definidora del primero, sino que representa un plus. Que las cláusulas de los contratos concertados con consumidores definidoras de los elementos esenciales del contrato resulten transparentes no implica solamente que deba posibilitarse el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, lo que constituye el objeto del control de inclusión o de incorporación. El control de transparencia supone, además y específicamente, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, "la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su conocimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó".

Pues bien, como expone la juez de instancia, el reverso es harto difícil de visionar y leer, necesitando a tal fin el Tribunal de elementos auxiliares de reproducción de tamaño de la letra tipográfica, para encontrar el pacto de retribución y poder tras tal rastreo, localizar y concretar el interés retributivo lo que conlleva una clara intención de que no sea captado por el adherente, en este caso consumidor, a quien en tal tesitura, pasa por completo inadvertido, quebrando precisamente el fundamento y fin de las exigencias legales que reglamenta la forma de contratación seriada.

Tales infracciones a la noma imperativa de la contratación determinan la nulidad de ese pacto con la misma consecuencia práctica que la fijada por el Juzgador en su sentencia al acoger la acción principal ejercitada.

TERCERO.- La parte recurrente cuestiona la posibilidad de someter a control de transparencia la cláusula que establece el tipo de interés remuneratorio.

Es cierto que entre otras, en SS del Tribunal Supremo de 22 de abril, 8 de septiembre y 25 de noviembre de 2015, tiene dicho que "mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, 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, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable", lo que en principio vendría a no declarar la nulidad de la cláusula que ha supuesto que se fijen unos intereses remuneratorios que han alcanzado un TAE del 27,24%- por abusivos.

Ahora bien, la misma jurisprudencia señalada sigue argumentando que, pese a ello, en supuestos de créditos "revolving" como el que nos ocupa, si cabe la posibilidad de que la nulidad de los intereses remuneratorios provenga de su carácter usurario, pues en este marco, la Ley de Represión de la usura se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito sustancialmente equivalente a ellos (SSTS 18.6.2012 , 22.02.2013 y 2.12.2014).

En este sentido, el art. 1 de la citada Ley determina que "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 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" pero la señalada jurisprudencia explica que, a la hora de considerar si una operación crediticia es usuraria, basta con que concurren los dos primeros requisitos, esto es: que se estipule un interés notablemente superior al "normal del dinero" (no al "legal del dinero") y que sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, "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".

Y consideramos que dichos dos requisitos concurren en el supuesto analizado, pues, partiendo de la base de que 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, en el presente supuesto, parejo al que se resolvió en la citada STS de 20.11.2015 que dispuso el carácter usurario de un crédito "revolving" concedido a un consumidor, acreditado que se estipuló un interés del 24,6 % TAE, resulta que éste era notablemente superior al normal del dinero (5,50 % en el año 1998 y 4,25% en 1999), siendo además que la demandada, a quien le correspondía la carga de la prueba en tal sentido, no ha justificado que en el supuesto concurrieran circunstancias excepcionales que explicasen la estipulación de ese interés, notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, por lo que, la conclusión es que cabe la declaración de usurario del interés remuneratorio pactado y, consecuentemente, su nulidad.

CUARTO.-La entidad recurrente considera que las comisiones por reclamación del impago son perfectamente válidas.

En realidad se trata de una penalización por mora, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". Pues bien, el establecimiento de una sanción de 35 euros, por cuota impagada, resulta excesivo. Y es que el Tribunal Supremo tiene establecido tanto para los préstamos personales (STS de 22 de abril de 2015), como para los hipotecarios (STS núm. 364/15 de 3 de junio), que solo son admisibles para los intereses de demora incrementos máximos de dos puntos porcentuales respecto de los intereses remuneratorios pactados. La comisión por cuota impagada como la que fue estipulada en el contrato de préstamo suscrito por las partes , es innegable que cumple una función similar a los intereses de demora que, aunque no tienen una naturaleza jurídica de auténticos intereses, comparten con los mismos el carácter de sanción o pena ante el incumplimiento, con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el mismo (STS de 2 de octubre de 2001 y 4 de junio del 2009). Una cantidad de 35 euros por cuota impagada no parece estar justificado, por lo que dicha cláusula debe ser declarada nula y tenerse por no puesta en el contrato conforme dispone el artículo 83 del Texto Refundido de la LGDCU.

QUINTO.- Por último la recurrente manifiesta que la actuación de la demandante contraviene sus actos propios , cuando reclama al cabo de tres años más tarde de la formalización del contrato la devolución de todas las cantidades cobradas por el Banco que excedan del capital dispuesto. Esta cuestión de fondo no puede ser admitida, ya que se trata de un hecho nuevo alegado por primera vez en la apelación, y ello supondría la quiebra de los principios que regulan el contenido y ámbito de este recurso; no obstante hemos de señalar que la nulidad del contrato por usura que se contempla en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 es una sanción contemplada en norma imperativa y, por lo tanto, radical y absoluta (artículo 6.3 del CC), por lo que no cabe invocar frente a ella la doctrina de los actos propios. Así lo establece reiterada jurisprudencia que se refleja, entre otras, en la sentencia 654/2015 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre.

SEXTO.- Que, al desestimarse el recurso de apelación, las costas habrán de ser impuestas a la parte recurrente, por ser preceptivo. Artículo 398 en relación con el artículo 394 de la L.E.C.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª María Jesús Gómez Molins, en nombre y representación de la entidad **WIZINK BANK SA**, contra Sentencia de fecha 8 de abril de 2019, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento ordinario del que trae causa la presente alzada, y en consecuencia, se confirma la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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



PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída ante mí por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente Doña María Paloma Fernández Reguera en audiencia pública, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ