

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3
GANDIA**

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000471/2019

SENTENCIA N° 208/2019

En Gandía, a 31 de octubre de 2019

Vistos por mí, M^a _____, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia n° 3 de los de Gandía y su partido, los autos de Juicio Ordinario, registrados con el número de procedimiento 471/18, seguidos a instancia representado por el Procurador Sr _____ contra WIZINK BANK SA, representada por el Procurador Sr. _____, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sra. _____ en la representación antedicha, presentó demanda de Juicio Ordinario que fue turnada a este Juzgado, dirigida contra la parte demandada antedicha, y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, acababa suplicando la estimación de la pretensión ejercitada.

SEGUNDO.- Por medio de Decreto se admitió a trámite la demanda ordenando su traslado a la parte demandada y su emplazamiento para que se personase en legal forma y la contestara en el plazo de veinte días, todo ello con las advertencias y prevenciones legales oportunas.

TERCERO.- La parte demandada se personó y contestó en plazo a la demanda.

Se convocó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, señalando a tal efecto el día y hora.

CUARTO.- Llegado que fue el día señalado para la Audiencia Previa del presente Juicio, compareció a la misma la parte actora, a la que se dio la palabra para la delimitación de los términos del debate, tras lo cual, y existiendo hechos controvertidos, se recibió el pleito a prueba, proponiéndose documental por reproducida, y pericial, siendo admitido.

QUINTO.- El día señalado se celebró el juicio, quedando los autos conclusos y a la espera del dictado de la presente resolución con arreglo a los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora del presente procedimiento solicita en el suplico de su demanda que se DECLARE:

A) LA NULIDAD DEL CONTRATO REFERIDO POR USURA.

a. SUBSIDIARIAMENTE A LA ANTERIOR, NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA Y/O ABUSIVIDAD DE CLÁUSULA DE FIJACIÓN DE INTERÉS REMUNERATORIO Y COMPOSICIÓN DE PAGOS DEL CONTRATO.

B) NULIDAD POR ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VARIACIÓN UNILATERAL DE CONDICIONES DEL CONTRATO y de COMISIÓN DE IMPAGO.

Y CONDENE A LA DEMANDADA A:

1) LA RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DIMANANTES DEL CONTRATO DECLARADO NULO O DE LAS CLÁUSULAS CUYA NULIDAD SEA DECLARADA, CON DEVOLUCIÓN RECÍPROCA DE TALES EFECTOS.

2) PAGAR LOS INTERESES LEGALES Y PROCESALES.

3) AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES.

En el presente caso nos encontramos ante un crédito revolving, que es un tipo de crédito concedido por una entidad financiera a un cliente, que tiene un carácter rotativo. Su principal característica es que el límite del crédito “rota”, es decir, se reduce o disminuye al mismo ritmo en que el cliente lo va utilizando, y aumenta o se restablece a la vez que el cliente realice los pagos para devolverlo.

En la Sentencia 55/2017 de la AP de Madrid, Sección 14, de 20 de febrero de 2017 (ROJ: SAP M 2683/2017 - ECLI:ES:APM:2017:2683) define el crédito revolving, también conocido como crédito rotativo, como el *“caracterizado por tener un límite capital prefijado, por tiempo determinado, y renovable, amortizándose por cuotas fijas, de modo que en función de las disposiciones y abonos pueda mantenerse constantemente un saldo disponible”*

Se fija un límite máximo de dinero que el acreditado (cliente) puede utilizar (vgra. 3.000€) en un espacio temporal (vgra. un año). Durante ese periodo puede realizar el número de actos de disposición que quiera y por la cuantía que quiera, hasta ese límite concedido. Tales disposiciones reducen la cantidad del crédito, y del mismo modo podrá hacer abonos para restablecer el límite según la cantidad ingresada, por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual. Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses, hecho que se ve agravado por el posible cargo de comisiones por reclamación de cuota impagada o de posiciones deudoras.

En cuanto a la acción ejercitada de forma principal, las partes están de acuerdo en que, tal y como establece la STS (Sala de lo Civil) núm. 628/2015, de 25 de noviembre, a los contratos de préstamo o crédito denominados «revolving» les resulta aplicable la Ley de 23 de julio de 1908, en tanto esta norma se aplica a todos los contratos de préstamo y cualesquiera otras operaciones de crédito «sustancialmente equivalentes» al préstamo, incluidos también los contratos de préstamo u operaciones de crédito concertados con consumidores. Dicho lo cual, la primera cuestión que se plantea es si, para calificar como usurario al tipo de interés fijado en un concreto contrato de préstamo o crédito, es necesario que concurren la totalidad de los requisitos y circunstancias previstos en el art. 1 de la citada Ley. A este respecto, el TS se ha pronunciado en el sentido de entender que únicamente debe verificarse la concurrencia de las circunstancias de carácter objetivo previstas en dicha norma (interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso) y no, en cambio, de las de carácter subjetivo. En tal caso, las partes no discuten que, tal y como expuso el TS en dicha sentencia, el interés a tomar en consideración no es el nominal, sino que es la tasa anual equivalente, TAE, y que para determinar si el interés pactado, TAE, es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, las partes coinciden en que el «interés normal del dinero» no se refiere al interés legal del

dinero sino que ha de entenderse como el tipo de interés que se aplica en el mercado de crédito; pero discrepan en si para realizar ese juicio comparativo debe acudirse a las estadísticas del Banco de España relativas a la categoría de crédito al consumo correspondiente a tarjetas revolving o si, en cambio, ha de estarse a los datos generales sobre crédito al consumo.

Se alega por la parte actora que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 628/2015 - considera notablemente superior al interés normal del dinero un contrato de crédito revolving con una TAE del 24,6%, y tiene en cuenta para ello el “interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato”, es decir, el dato general, no el específico del tipo de operaciones objeto de análisis.

Pues bine, siguiendo en este tema a lo expuesto por D.

en el número 70 de la Revista El Derecho, avanzamos que coincidimos con la postura de la parte demandada, y así este autor dice que no se discute que el tipo de interés remuneratorio pactado es, en estos casos y respecto de otras modalidades financiación al consumo, elevado. Desde 2017, la información del Boletín Estadístico del Banco de España incluye de forma desglosada los intereses de los contratos de tarjeta (tarjetas cuyos titulares han solicitado el pago aplazado y tarjetas revolving), aunque se publican datos recabados desde 2013. Según esa información la Tasa Anual Equivalente (“TAE”) de este tipo de contratos de tarjeta se sitúa en niveles promedio superiores al 20%. Esas estadísticas no se publicaban con anterioridad. En el Boletín de marzo de 2017 se incluyó esa información como novedad, a la vista de que los contratos de tarjeta tienen características diferentes del resto de los contratos de crédito al consumo, que implican a su vez diferentes tipos de interés. En concreto, se decía así: “la información referida a las tarjetas de crédito (tipos de interés aplicados y volumen de nuevas operaciones) se ha englobado a efectos de presentación dentro del segmento del crédito al consumo [...], pues se considera que este es su destino fundamental. Esta agrupación resulta informativa, pues, aunque la finalidad de estos créditos es la misma, sus diferentes características hacen que los tipos aplicados a través de tarjetas de crédito (de pago aplazado o tarjetas revolving) sean claramente distintos de los que se aplican en los tradicionales créditos al consumo”. Por tanto, en el momento de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 628/2015 no existían estadísticas tan precisas como las actualmente disponibles sobre el tipo de interés medio aplicado en contratos de tarjeta. Sólo aparecía publicado el dato del interés medio aplicado en contratos de crédito al

consumo. Por eso se utilizó para la comparación.

Por otra parte, la información del Boletín Estadístico del Banco de España relativa a los distintos tipos de crédito al consumo indica en el apartado b. de su nota al pie de página que, en junio de 2010, las tarjetas de crédito con pago aplazado revolving se dejaron de incluir en el apartado de crédito al consumo hasta un año. Es por ello que, al dejar de aparecer en esta modalidad de crédito, los intereses aplicados en tarjetas de crédito revolving no forman parte del tipo medio ponderado de los créditos al consumo, que se calcula teniendo en cuenta los intereses de (i) los créditos hasta un año, (ii) los créditos de más de un año y hasta cinco años, y (iii) los créditos de más de cinco años. Es decir: las estadísticas generales sobre créditos al consumo ya no contemplan los intereses medios de los créditos revolving sino únicamente los datos sobre los intereses del resto de las modalidades de crédito al consumo. De este modo, su utilización como estadística de referencia para valorar el precio normal del dinero en el mercado de las tarjetas de crédito es claramente inadecuada.

Los contratos de tarjeta revolving son, en efecto, una modalidad de préstamos al consumo. Se trata de una tipología de contratos con autonomía y sustantividad propias y, por tanto, para dilucidar si el tipo de interés remuneratorio pactado en un caso concreto es o no notablemente superior al normal del dinero se ha de acudir a los datos estadísticos sobre este tipo de contratos, y acudiendo a ellos resulta que un contrato con una TAE del 24,71% para compras y 26,82% para efectivo no constituye “un interés notablemente superior al normal del dinero” sino que está alineado con el promedio de los tipos fijados en estos contratos de tarjeta, que ya hemos dicho que se sitúa en niveles promedio superiores al 20%.

En cualquier caso, la Sentencia núm. 628/2015 reitera que la fijación de un tipo de interés superior al que pudiera reputarse normal en el mercado es condición necesaria pero no suficiente para calificar el contrato como usurario. Es preciso que, además, el interés pactado sea manifiestamente desproporcionado en atención a las circunstancias del caso.

En efecto, hay circunstancias concretas del caso resuelto por esa Sentencia que impiden darle una consideración de precedente jurisprudencial aplicable a todos los casos de tarjetas revolving, pues la Sentencia advierte que en el concreto procedimiento “la entidad financiera que concedió el crédito ‘revolving’ no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo”. Y concluye afirmando que “generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están

relacionadas con el riesgo de la operación” (punto 5 del FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO).

Por tanto, si se acredita la concurrencia de “circunstancias excepcionales” señaladas y que no pudieron ser tomadas en consideración en el asunto enjuiciado por el Alto Tribunal, pues la prestamista no acreditó la existencia de razones objetivas que justificasen el establecimiento de un interés del 24,6% TAE, la conclusión alcanzable no tendrá por qué coincidir con la de la Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Podría así justificarse por la entidad financiera que la concurrencia de circunstancias excepcionales, como pueda ser un mayor riesgo en la operación, implican la aplicación de un tipo de interés remuneratorio superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

De manera que, aún el hipotético caso que se considerase que, como alega la parte actora, estamos ante un interés notablemente superior al interés del dinero, para valorar el carácter usurario debe ser además desproporcionado con las circunstancias concurrentes, y en este caso la parte demandada aporta informe pericial dirigido a demostrar que la fijación de un elevado tipo de interés halla su licitud, entre una serie de factores y circunstancias especiales que se analizan en el informe pericial, y que fue ratificado por su autor en el acto del juicio, indicando las singularidades propias del crédito revolving, como es la amplia línea de crédito concedida, los cómodos plazos para realizar los pagos, el que la financiación es a un plazo muy largo e indeterminado porque depende de las disposiciones del cliente, lo que por definición hace que en estos contratos el nivel de riesgo de la entidad sea más elevado al no tener certeza del momento de la amortización, o que el nivel de riesgo e incertidumbre en créditos al consumo para vehículos u otros bienes de consumo es mucho menor, y también el interés es más bajo que en los contratos de tarjeta, cuyo principal dispuesto puede destinarse a pagar gastos de cualquier tipo sin ninguna garantía ni privilegio procesal, y está demostrado que la falta de justificación implica mayor morosidad, y que se desconoce el comportamiento de cobros y pagos de los clientes al no mantener cuentas corrientes en la entidad, por estar prohibido en los establecimientos financieros de crédito, por lo que, existe un mayor riesgo en las operaciones, circunstancias todas ellas aplicables al contrato de autos.

Por lo expuesto, considerando que no nos encontramos ante un interés notablemente superior al normal del dinero, ni manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, procede desestimar la acción principal ejercitada por la parte actora, la nulidad del contrato por usura.

SEGUNDO.- En cuanto a la petición de nulidad por falta de transparencia y/o abusividad de cláusula de fijación de interés remuneratorio y composición de pagos del contrato, alegando la parte actora que la normativa contractual contenida en el reglamento existente al reverso de la solicitud de la tarjeta, no supera el control de incorporación y de transparencia, diremos que procede dar la razón en este punto a la parte actora.

En efecto, en el presente caso nos encontramos ante un contrato de adhesión en el que las cláusulas han sido previamente redactadas por el empresario sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido, no discutiéndose la condición de consumidor del deudor. Dichas cláusulas no ha probado la parte demandada que se negociaran individualmente con la parte actora, por lo que es claro que constituyen una condición general de la contratación, en tanto están incorporadas como modelo tipo a una pluralidad de contratos y han sido predispuestas por el empresario, de tal modo que el adherente no tiene otra posibilidad que aceptarlas o rechazarlas, sin posibilidad de negociar de forma singularizada, reuniendo por tanto los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la LCGC exige para que se trate de una condición general de contratación.

La sentencia de pleno del TS de 8 de septiembre de 2014 sobre el principio de control de transparencia resolvió lo siguiente: " 6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU EDL 1984/8937) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato , ...". Y la STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) declara:

"7. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones

generales..... . Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada..."

Y añade que:

"Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 EDJ 2014/64254, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

También es relevante señalar, como se desprende de la sentencia de pleno del TS de 8 de septiembre la necesidad de que estas condiciones económicas básicas del contrato se resalten en la oferta y en la redacción definitiva del contrato.

Pues bien, lo bien cierto es que, a la vista del documento contractual discutido, en particular de las condiciones generales incluidas en el Reglamento de la Tarjeta, no se cumpliría con el criterio de incorporación, dada la diminuta letra que contiene.

La LCGC (de aplicación a los contratos con los consumidores que contengan condiciones generales de acuerdo con el art. 59.3 del TRLGDCU) establece como requisitos para su incorporación en los contratos formalizados en

forma escrita tanto, de un lado, el aviso de su existencia por el predisponerte como su incorporación al contrato y la entrega de un ejemplar al adherente (art., 5.1 LCEC), como, de otro, su ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (ex art. 5.5.) y legibilidad (ex art. 7B), y otro tanto dispone el art. 80 del actual TRLGDCU y disponía el art. 10 de la derogada Ley de Consumo 26/84 , y es este segundo filtro, el de transparencia o comprensibilidad real, el que no supera el mencionado Reglamento como tampoco, ni siquiera, el más formal y simple de legibilidad. la letra es milimétrica (o incluso menos que milimétrica) y su lectura obliga a un gran esfuerzo. Ya la sentencia del TS de 5-7-1.997 consideró contrario al art. 10.1 A) de La LGDCU y a su exigencia de concreción, claridad y sencillez que el texto viniese redactado en letra tan pequeña que sea "difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio, lo que no ocurre en el presente caso en el que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo".

Por su lado, la actual regulación administrativa sobre transparencia y protección del cliente bancario que persigue la protección del cliente a través de asegurar la máxima transparencia sobre los elementos esenciales de la oferta y del contrato del producto o servicio bancario, incide también en la forma de la información y documentación, disponiendo que las cláusulas se redacten de "manera claramente legible", facultando al Banco de España para que pueda exigir, incluso, el empleo de un tipo de formato o de letra especialmente resaltada referida a los elementos esenciales de la información (art. 11.1 y 2), y así lo ha hecho la precitada institución en su Circular de 27-6-2.012, cuya norma 7 ordena resaltar la información relativa a los elementos esenciales del contrato, "sin que puedan resaltarse otros conceptos o datos distintos de ellos" y que la letra tendrá un tamaño apropiado para facilitar su lectura y en ningún caso inferior a un milímetro y medio (y en el mismo sentido, sobre el tamaño de la letra minúscula, apartado 3 de la Norma 10).

Del mismo modo, la vigente Ley de Crédito al Consumo de 24-6-2.011 llega a precisar que el contrato debe de redactarse en una "letra legible y con un contraste de impresión adecuado" (art. 16.1).

Sin duda, que el cliente o consumidor llegue al efectivo conocimiento de una condición general o de cualquier otra cláusula del contrato impuesta pasa porque su redacción tipográfica sea en condiciones tales que su lectura sea posible sin mayor esfuerzo.

Pero es que, además, el clausulado del Reglamento litigioso, en lo que al interés remuneratorio se refiere, no supera el control de transparencia en su otra faceta menos formal, cuál es la de que, dentro del condicionado, se resalte

adecuadamente respecto del resto de las cláusulas de acuerdo con su importancia, esencialidad y trascendencia.

Al respecto es obligada la referencia a la STS de 9-5-2013 Esta resolución declara que el control de transparencia en los contratos con consumidores incluye el de la comprensibilidad real de su importancia, la que no se da, entre otros factores, si no se informó al consumidor debidamente para que percibiese su importancia y se inserta entre otras informaciones privándola del protagonismo que le corresponde, hurtándola, así, al adecuado examen y consideración por el consumidor respecto de su significado y repercusión económica (FJ 12 y 13).

Del mismo modo la Circular que desarrolla esa Orden (la 5/2012), ya se ha dicho, obliga a resaltar en la información precontractual determinados elementos (los del Anexo 3) "sin que puedan resaltarse otros conceptos o datos distintos de ellos", para evitar que pierdan presencia que menoscabe su trascendencia entre las demás condiciones del producto o servicio (norma 7.1), y en su Anexo 3, relativo a la información precontractual a resaltar, se refiere a los créditos al consumo y, en concreto, menciona el tipo deudor.

Por su parte, la Ley de Crédito al Consumo de 24-6-2011 pone especial énfasis en la importancia de la fase precontractual (art. 7.2), ordena destacar en la publicidad la información básica relativa al contenido económico del contrato (art. 6 y 10.2) e incluso configura un modelo normalizado, previniendo que cualquier otra información adicional será facilitada en documento aparte (art. 10.2 y 4) y, para acabar, respecto del contrato, exige que las estipulaciones relativas al contenido del contrato se especificarán de forma "clara y concisa" (art. 16.2).

Es decir, y en suma, que la forma de redactarse el contrato y disponerse la información es relevante en orden a que el cliente bancario y consumidor pueda llegar a alcanzar una comprensión real del contenido y carga económica del producto o servicio en el contexto de un tráfico en que la documentación contractual suele ser extensa y farragosa.

Llevando lo dicho al contrato de autos resulta que, aparte de que el reglamento no se encuentra expresamente firmado por el contratante, la condición general relativa al interés retributivo no sólo debe tenerse por no incorporada por el diminuto tamaño de la letra, sino también porque se ubica dentro de lo que se titula como Reglamento, cuando es que por tal se entienden las normas que regulan un servicio, el de la tarjeta, mientras que la estipulación relativa al interés no se inscribe propiamente dentro de ese aspecto (su uso), sino que se refiere a otro objeto principal del contrato de la prestación de crédito. Igualmente debe aplicarse ese razonamiento para la cláusula relativa a las comisiones. En definitiva, la condición relativa a intereses y la de comisiones se encuentran mezcladas entre

las reglas relativas al uso de la tarjeta, y para conocer cuál sea el interés, remite a un anexo que resulta ser que no constituye un documento separado, tal y como sugiere el término, sino un epígrafe situado al final del Reglamento y antes del apartado B relativo a las Condiciones Generales del Préstamo personal, resultando incomprensible el por qué de semejante reenvío cuando ninguna razón se aprecia para que el contenido del anexo se hubiese incluido dentro del apartado relativo a los intereses, cuotas y comisiones, todo lo que, unido a lo minúsculo de la letra, determina que no se entienda superado el filtro de incorporación, y que las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios y comisiones deban de tenerse por no incorporadas.

En ese mismo sentido se pronunció la Sección novena de la Ap de Valencia en sentencia de 22 de julio de 2019: "*La Sala expone que el artículo 5.1 párrafo segundo de la Ley Condiciones Generales de la Contratación dice que " No podrá entenderse que ha habido aceptación a la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de la misma "*".

El artículo 5.5 de igual ley expresa: "La redacción de las cláusulas generales deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".

Por otro lado, el artículo 7 apartado a) del mismo texto legal sanciona con su falta de incorporación las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y en su apartado b) las que sean ilegibles, ambiguas u oscuras.

El control de incorporación es un mecanismo de protección de los adherentes sean o no consumidores, frente a la actitud y posición de fuerza de la parte predisponente en la contratación por adhesión. Está asentado en la reglamentación de la buena fe; implica la verificación del cumplimiento de la normativa de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto a fijar que dicho pacto ha sido incorporado correctamente (es decir, con cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la ley 7/998)* y que -además- no vulnera los límites legales de toda contrato por negociación, cuales son la ley, la moral y el orden público conforme al propio imperativo del *artículo 1255 del Código Civil*, amén de la normativa sectorial bancaria, Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención e entidades de crédito y del Código de Comercio, para evitar situaciones de abuso contractual.

Dice la relevante *sentencia de 9/5/2013 del Tribunal Supremo* a forma de conclusión en esta materia;

<<200. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al

tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.>>

El fundamento de ese control se ha desarrollado posteriormente en la *sentencia del Tribunal Supremo de 17/1/2017*, sustentado en la reglamentación de la buena fe que también sustentados en la exclusión de la denominada "cláusula sorpresiva".

La conclusión, tras esa doctrina acabada de exponer, se ciñe a si la prestataria, tuvo posibilidad de conocimiento real de la estipulación del tipo de interés retributivo, es decir, si estaba en condiciones efectivas de conocer sin dificultad la existencia de tal cláusula y su contenido y la Sala en su configuración tras la preceptiva revisión (ex *artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil*) debe ratificar igual motivación y conclusión que la Juzgadora y advera sus apreciaciones fácticas que además la parte apelante no desvirtúa.

El Tribunal ha analizado el documento denominado "Reglamento de tarjeta de crédito Citi Visa" y coincide plenamente con las apreciaciones fácticas y valorativas de la Juzgadora.

Nos encontramos, de entrada y por su relevancia, que el pacto del tipo de interés retributivo aplicado no está contenido en una hoja principal del contrato de tarjeta de crédito ni tampoco en el anverso de la solicitud de la tarjeta de crédito de 13/12/2011 (Doc. 2 contestación) sino en una Hoja denominada "Reglamento de tarjeta de crédito CITI VISA" pre -impresa y pre-redactada por el profesional. En esa solicitud solo se dice que el aplazamiento del pago genera la obligación de pagar intereses y se añade "Ver tipo de interés recogido en el Anexo del Reglamento". Es decir un elemento de la relevancia del precio del contrato no consta en la hoja principal de esa solicitud de la tarjeta, que es el instrumento que refleja el contrato.

Este "Reglamento" como con tino afirma la Juez y llama la atención silencia la recurrente, no está firmada por el cliente bancario, por lo que siquiera se justifica su entrega a la hora de perfeccionarse el contrato, amén de su conocimiento.

Además en igual y coincidente apreciación de la Juez, sobre tal instrumento, el tamaño de letra es tan "microscópica" que hace -dado el rosario de cláusulas que ocupan toda la hoja-, imperceptible e ilegible para el adherente y conocer por su simple visión un dato trascendental como es el precio que debe abonar por las disposiciones de la tarjeta. Llama igualmente la atención que la entidad demandada criticase el contenido tipográfico de la hoja aportado con la demanda, cuando la misma parte ha aportado el mismo documento del reglamento con idéntica tipografía (acompañada en la audiencia previa), con un tamaño de letra absolutamente minúscula por no decir -como se ha calificado, microscópica- y en esas condiciones disponer el tipo de interés del 26,82 %.

Tal tipografía, sistemática y tamaño de letra, hacen absolutamente insostenible la frase pre-redactada y pre-impresa en el anverso de la solicitud de que " *He leído y estoy conforme con el Reglamento de la Tarjeta de Crédito Citi* " cuando no se dice que se entregue y tampoco viene firmado, a pesar de que en tal hoja hay un espacio específico y determinado para la expresa firma del cliente (que, al caso, está en blanco).

En tales condiciones, no existiendo más información que ese documento, resulta claro que la prestataria no pudo tener un conocimiento real del tipo de interés retributivo, y además falta el requisito de la accesibilidad al no ser legible."

Además, al caso de autos es aplicable lo que indica esa misma sentencia a la alegación de la demandada sobre que la actuación de la actora contraviene sus actos propios: "El argumento de la recurrente de que la demandante conocía el tipo de interés por la utilización efectiva de la tarjeta o por el tiempo transcurrido desde su uso con la recepción de extractos mensuales sin objeción, no son atendibles desde el momento en que tal conocimiento debe estar presente - a tenor de la normativa expuesta supra- al momento de perfeccionarse el contrato y dado el contenido del instrumento de la solicitud y el denominado Reglamento y condiciones expuestas supra en modo alguno se justifica se conociese esa condición contractual."

Lo expuesto sobre la no superación del control de incorporación y transparencia es aplicable a la cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato que consta en el apartado 14 del reglamento, siendo ilegible por el tamaño de la letra, además de considerarse nula por abusiva al vulnerar el art. 85 LGDCU que declara abusivas las que vinculan el contrato a la voluntad del empresario y, en todo caso, las *cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato, sin que en este caso conste la exposición en el contrato de motivo alguno justificativo de esa facultad de modificación por la entidad emisora de la tarjeta.*

Además, en cuanto a la cláusula de comisión por impago, que consta en el apartado 9 rubricado como "*Qué ocurre si se produce un impago*" que remite al "ANEXO", y que se cuantifica en 25 euros, aparte de no tenerse por incorporada por lo ya dicho, también debe considerarse la misma nula por falta de reciprocidad, pues no consta que la demandada haya tenido gasto alguno motivado por la situación de descubierto o por posiciones deudoras derivadas del contrato de autos, ni que, como consecuencia de tales circunstancias, haya realizado alguna gestión o servicio. En efecto, el cobro de comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades bancarias aparece regulado, por un lado, en el apartado quinto del Capítulo Primero de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como

las normas de actuación, información a clientes de las entidades de crédito (derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), conforme al cual: "...Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos..."

Y, por otro lado, en la Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la que se dispone: " 1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular. Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la Entidad realiza habitualmente. Podrán excluirse de las tarifas las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y las que puedan corresponder a garantías crediticias, a aseguramiento de emisiones privadas y a servicios de factoraje sin recurso. No obstante, podrán incluirse en las tarifas, con carácter indicativo, comisiones para estos servicios, sin perjuicio de que se les aplique en cada caso el tipo pactado.

En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados.

2. Las Entidades no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos. Se exceptúan de esta regla las comisiones señaladas expresamente como indicativas, según lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado precedente...

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Consecuentemente, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta....

4. Las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes. Tales folletos se remitirán por duplicado, con todas sus hojas numeradas y selladas, al Banco de España antes de su aplicación para que compruebe esos extremos, entendiéndose conformes cuando transcurra el plazo de quince días, contados a partir de su recepción sin haber efectuado el Banco ninguna manifestación expresa, objeción o recomendación al respecto. Cuando una operación o contrato específico pueda dar lugar a la aplicación de comisiones o gastos incluidos en más de un epígrafe del folleto, se establecerá en cada uno de ellos la referencia cruzada con los restantes.

5. Las Entidades podrán confeccionar folletos parciales que recojan de forma íntegra y textual todos los conceptos del folleto general que sean de aplicación a una o varias operaciones de uso común de la clientela.

Esos folletos mencionarán expresamente su condición de parciales. Los folletos parciales deberán remitirse al Banco de España para su comprobación conforme a lo dispuesto en el apartado precedente.

6. Cada vez que se produzcan modificaciones o actualizaciones del folleto, la Entidad remitirá al Banco de España la página o páginas modificadas siendo de aplicación el procedimiento de comprobación dispuesto en el apartado 4.

7. El folleto, y en su caso los folletos parciales en lo que les afecten, incluirán asimismo las reglas de valoración y liquidación que aplique la Entidad.

8. A efectos de la aplicación de comisiones al cobro de documentos en cartera, se entenderá por domiciliación bancaria la indicación de que su pago se ha de hacer con cargo a una cuenta abierta en una Entidad de Depósito. Para ello se estará a lo dispuesto en la Ley 19/1985, cambiaria y del cheque, sobre domiciliación de letras de cambio, que, a los efectos de esta Circular, será aplicable a cualquier documento de cobro. "

En aplicación de las citadas normas, se hace imprescindible, para considerar debida la comisión litigiosa, no sólo que la misma haya sido prevista en el contrato, sino que la misma gocen de reciprocidad, esto es, que contra el pago de la misma el cliente reciba un servicio (" efectivamente prestado o gasto habido " dice la normativa bancaria referida). En el caso que nos ocupa, no consta que la demandada haya tenido gasto alguno motivado por la situación de descubierto o por posiciones deudoras derivado del uso de la tarjeta, ni que, como consecuencia de tales circunstancias, haya realizado alguna gestión o servicio.

Como consecuencia de lo expuesto, procede la expulsión el contrato de las cláusulas que no superan el control de incorporación y transparencia, así como las declaradas nulas por abusivas. Constando en el documento nº 4 de la demanda que la demandada abonó a la actora las cantidades cobradas por dicho concepto, que ascendía a 524,70 euros, no procederá la condena a restituir cantidad alguna por dicho concepto, restitución que sí deberá producirse respecto de los intereses remuneratorios abonados por la actora.

TERCERO- En materia de costas, encontrándonos ante una estimación íntegra de la demanda, procede hacer imposición de las costas a la parte demandada ex art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por
representado por el Procurador Sr contra WIZINK BANK SA,
DECLARO:

A) LA NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA DE FIJACIÓN DE INTERÉS REMUNERATORIO Y COMPOSICIÓN DE PAGOS DEL CONTRATO.

B) LA NULIDAD POR ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VARIACIÓN UNILATERAL DE CONDICIONES DEL CONTRATO y de COMISIÓN DE IMPAGO.

Y CONDENO A LA DEMANDADA A:

1) LA RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DIMANANTES DEL CONTRATO DECLARADO NULO O DE LAS CLÁUSULAS CUYA NULIDAD SE DECLARA, CON DEVOLUCIÓN RECÍPROCA DE TALES EFECTOS.

2) PAGAR LOS INTERESES LEGALES Y PROCESALES.

3) AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA en el plazo de **20 DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en GANDIA , a treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve .