



Juzgado de Primera Instancia nº 1 de L'Hospitalet de Llobregat

Procedimiento ordinario 316/2018 -E

Parte demandante/ejecutante: JASMINA BENAVENT
GARCIA
Procurador/a:
Abogado/a: MARTI SOLÀ YAGÜE

Parte demandada/ejecutada: WIZINK BANK, S.A
Procurador/a:

SENTENCIA Nº 95/2019

Magistrada:

Hospitalet de Llobregat (L'), 5 de abril de 2019

Vistos por mí, Doña _____, los presentes Autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 316/2018, en el que aparecen como parte actora, DOÑA _____, bajo la representación procesal del procurador Don Martí Solà Yagüe y con defensa letrada de Doña _____; y como parte demandada, WIZINK BANK, SA bajo la representación procesal del procurador Don _____ y con defensa letrada de D. _____; resultan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha que consta en autos se presenta por el Procurador de la actora demanda de juicio ordinario, junto con sus copias y documentos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada con entrega de copia de la misma y documentos acompañados con los apercibimientos legales.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, con el resultado que consta en el correspondiente soporte audiovisual; propuesta, admitida y practicada la prueba que, propuesta por las partes, fue considerada pertinente; quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora, se pretende que se decrete la nulidad del contrato de préstamo sin garantía inmovilizatoria, celebrado entre las partes en fecha 14 de febrero



de 2003, por Usurario y, subsidiariamente, por falta de transparencia y/o por abusividad de la cláusula de interés remuneratorio, variación unilateral de condiciones del contrato y de comisión de impagados.

En consecuencia de la ineficacia de la meritada cláusula, pretende la condena de la demandada a los efectos restitutorios derivados de la nulidad.

Frente a esto, la parte demandada; que reconoce su legitimación pasiva ad causam, la existencia y tenor del concreto contrato que se cita en la demanda y su sumisión a lo previsto en la normativa tuitiva de consumidores y usuarios (no se ha impugnado la condición de consumidor de la demandante), se opone a las pretensiones que se le dirigen de contrario defendiendo la plena validez de la cláusula en cuestión.

SEGUNDO.- Fijadas las cuestiones controvertidas, procede analizar, en primer término, el carácter usurario del tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato, para lo cual debe partirse de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.*

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencia de 25 de noviembre de 2015, recurso 2341/2013 (Roj: STS 4810/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4810) en la que recuerda 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.*

2.- El art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes, y actualmente el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

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, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril , y 469/2015, de 8 de septiembre , 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.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial 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 .

3.- 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.”

Partiendo de la doctrina anterior, debe concluirse plenamente aplicable la Ley de la Represión de la Usura al caso de autos y, no siendo exigible la concurrencia simultánea de todos los requisitos exigidos en el artículo 1, la resolución del presente caso pasa por determinar si el interés pactado es notablemente superior al interés normal del dinero o manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso.

Para determinar si el tipo de interés es notablemente superior o desproporcionado, debe tomarse como base el “precio Medio” fijado en el mercado para operaciones de la misma naturaleza.

En particular, como indica la citada sentencia del Tribunal Supremo “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 acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de



operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.”

En este sentido, existe controversia entre las partes sobre el tipo que debe tomarse como referencia, pues la actora postula por el tipo medio ponderado de los créditos al consumo y el demandado por el tipo medio de tarjetas de crédito.

Sobre dicho aspecto, debe acudir a los tipos de interés publicados por el Banco de España y, así, en materia de “Tipos de interés de nuevas operaciones, Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH, Entidades de crédito y EFC” establece, una distinción entre los tipos medios de las tarjeta de crédito y el tipo medio ponderado de los créditos al consumo, siendo el primero notablemente superior a éste último. En dicha cuatro se hace costar por el Banco de España que en la clasificación de tarjetas de crédito se incluyen “*las tarjetas para las que los titulares han solicitado el pago aplazado y tarjetas “revolving”, estableciendo expresamente que “si bien no se dispone de su finalidad, se estima que ésta es fundamentalmente de consumo. De hecho, hasta junio de 2010 se incluía en el crédito al consumo hasta 1 año”.*

De este modo, resulta que al tiempo de celebrar el contrato, no existía una categoría propia a nivel comparativo, sino que se entendían incluidas en el concepto de crédito al consumo hasta un año y, dado que debe efectuarse la comparativa conforme al “precio de mercado” al tiempo en que se celebró el contrato y pactó el tipo de interés, no puede sino declararse que el mismo es usurero. Efectivamente, en la fecha de celebración del contrato objeto de autos el tipo de interés de los créditos al consumo oscilaba aproximadamente el 8%, siendo así que se pactó una TAE de 24,6% y/o 26,82%.

Expuesta la diferencia entre la TAE pactada y el tipo medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado conduce a calificar (en el mismo sentido que la sentencia del Tribunal Supremo) “*el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero*”.

En consecuencia, procede declarar la nulidad parcial del contrato, en lo que se refiere a los intereses remuneratorios.

TERCERO.- Declarada la nulidad parcial del contrato por el carácter usurario del interés remuneratorio pactado que, en términos indicados por la STS 15/11/2015, es “*radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva –sentencia núm. 539/2009, 14 de julio*”, procede analizar las consecuencias derivadas de dicha declaración.



A este efecto, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Represión de la usura, conforme al cual *“Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”*.

Debe matizarse que, si bien es cierto que la Ley de Represión de la Usura refiere la expresión “será nulo el contrato”, lo cierto es que no se trata de una nulidad total del mismo (véase que no establece la recíproca restitución de prestaciones, lógica consecuencia de la nulidad) sino que, se trata de una nulidad parcial, que afecta exclusivamente a los intereses remuneratorios.

Así se desprende del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura cuando, al determinar que tan sólo estará obligado el prestatario a entregar la suma recibida o el prestamista a devolver, en caso de que hubiera habido pago parcial, lo que exceda del capital prestado, parece mantener el beneficio del plazo, que en su caso se hubiera establecido para la devolución.

De lo contrario, se hubiera establecido expresamente la mera restitución recíproca de las prestaciones.

Finalmente, se sustenta dicha interpretación en la propia sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2015 cuando al fijar las consecuencias de la nulidad declarada establece que, dado que en el caso resuelto el prestamista había entregado más cantidad de la recibida, no entrar a resolver el segundo motivo de recurso que la abusividad de los intereses moratorios (lo que “a sensu contrario” implica que de haberse satisfecho más el prestatario, sí habría analizado dicha abusividad, lo cual solo tiene sentido si subsiste el contrato).

Expuesto lo anterior y tomando en consideración que la actora ha satisfecho íntegramente todas las cantidades debidas en concepto de principal, así como en concepto de intereses remuneratorios, la apreciación del carácter usurario del préstamo implica la obligación del demandado de devolver a la actora las cantidades que hubiera satisfecho en concepto de interés remuneratorio.

CUARTO.- Resuelto el carácter usurario de la cláusula de intereses remuneratorios, procede analizar la abusividad del resto de cláusulas del contrato.

Es de significar que, si bien es cierto que la parte actora esgrime la abusividad de las cláusulas como pretensión subsidiaria, no debe obviarse que del cuerpo de su demanda se desprende que su pretensión es devolver exclusivamente el capital principal (deduciendo cualquier tipo de interés, ya sea remuneratorio –por usurero-, ya sea moratorios –por abusivo-, así como de cualquier otra comisión de impago que pueda haberse aplicado y, por tanto, se entiende que se ejercen ambas pretensiones de modo principal.

No obstante, y como quiera que la abusividad es susceptible de ser analizada de oficio por el Tribunal, resulta irrelevante en qué forma u orden se realizan las pretensiones de la parte, quedando excluido dicho control exclusivamente cuando de modo expreso, el consumidor, aceptar estar y pasar por las respectivas cláusulas, lo cual no acontece en el caso de autos.

Pues bien, en relación a la posible abusividad de los intereses moratorios predispuestos por el empresario debe estarse a la pacífica doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que puede sintetizarse en los siguientes pronunciamientos:

- La sentencia de pleno de 22 de abril de 2015 (recurso nº 2351/2012) que, en relación a los préstamos personales, establece que *”La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.*

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”.

- La sentencia de su Sección 1ª de 8 de septiembre de 2015 (recurso nº 1687/2015) que, también en relación a los préstamos personales, recuerda como *“En la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril, consideramos... que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio, en caso de demora, suponía una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”.*

- La sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015 (recurso nº 2658/2013), que, en relación a los préstamos con garantía hipotecaria, se limita a afirmar, en lo que a este punto se refiere, que *“el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”.*

- La sentencia de su Sección 1ª de 18 de febrero de 2016 (recurso nº 2211/2014) que, en relación a los préstamos con garantía hipotecaria, se limita a reiterar lo dispuesto por la anterior sentencia de pleno, a saber, que *“el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de*

intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”.

Sobre la base de la doctrina jurisprudencial expuesta; dado que la distancia entre el interés moratorio y el interés remuneratorio excede de los dos puntos porcentuales en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado el “*umbral de la abusividad*” en materia de intereses moratorios (que, dada la referencia a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe computarse “en cómputo anual”), no puede sino concluirse la abusividad de los estipulados en el presente contrato.

Frente a lo apuntado, no podría prosperar la alegación sobre no estar reclamando los intereses moratorios al tipo pactado, sino a un tipo equivalente a tres veces el interés legal del dinero (artículo 114 de la Ley Hipotecaria) o a cualquiera otro inferior al inicialmente pactado.

Efectivamente; al ser la abusividad una causa de nulidad contractual (de todo o parte del contrato), esto es, un vicio concurrente en el momento del nacimiento de la relación contractual que, de apreciarse, implicaría la erradicación (de origen) de cualquier efecto jurídico que trajese causa de la o las estipulaciones viciadas; debe ser analizado teniendo en cuenta, exclusivamente, lo que resulte de las estipulaciones contractuales efectivamente plasmadas en el contrato y de las circunstancias que concurrieron en el momento de la celebración del mismo. Se trata de sustituir por un equilibrio real el “*equilibrio formal*” que el contrato establece (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009)

Lo anterior implica; primero, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, que el juicio de abusividad de una cláusula contractual deba referirse al desequilibrio que se aprecia entre los derechos y obligaciones que de ella surgen para cada parte en el contrato, y ello con independencia del uso que de ese desequilibrio haga posteriormente el profesional beneficiado por el mismo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, entre otras); y segundo, desde un punto de vista teleológico, la interpretación realizada por la representación de la parte predisponente de la cláusula impediría el “efecto disuasorio” que el Tribunal de Justicia ha predicado de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas abusivas (Sentencias de 26 de octubre de 2006 y 14 de junio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Efectivamente, si el uso “moderado” o “atemperado” de una cláusula objetivamente abusiva excluyese la posibilidad de su declaración como tal, los profesionales podrían seguir utilizando este tipo de cláusulas de forma indefinida para realizar luego una ponderación de los derechos que ellas le atribuyen frente al consumidor que sea acorde a las corrientes jurisprudenciales imperantes en cada momento.

En la misma línea, tampoco podría sostenerse que la abusividad de la cláusula en cuestión no sea valorable por no constituir el fundamento de la pretensión de la actora, ni haber determinado la cantidad que se reclama (artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que en la presente demanda se están reclamando unos intereses moratorios por encima del interés legal del dinero, que habrán de seguir devengándose hasta la íntegra satisfacción de sus derechos; siendo así que tal posibilidad exige una previsión

contractual (válida). Por tanto, dado que la parte está cuantificando una parte de sus derechos con la sola cobertura de una cláusula contractual que es objetivamente nula, procede declarar su nulidad a los efectos de la presente reclamación.

QUINTO.- Declarada la nulidad de la cláusula que estipula los intereses moratorios, procede entrar a analizar cuáles sean los efectos que se derivan de dicha declaración.

En esta línea, debe estarse a la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de abril de 2015 (recurso nº 2351/2012); de 8 de septiembre de 2015 (recurso nº 1687/2015); de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016; de las que se deduce que la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios implica la validez y subsistencia de “aquella parte de la misma” (aquel porcentaje del interés de demora estipulado) que tendría por objeto la remuneración del acreedor hasta la plena satisfacción de su derecho de crédito (que se equipararía al tipo de interés remuneratorio pactado en el contrato). Dicha doctrina ha sido finalmente amparada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sentencia de fecha 7 de agosto de 2018.

Sobre la base de la doctrina expuesta, declarada la abusividad de la cláusula de interés moratorio, la consecuencia debe ser el mantenimiento del interés remuneratorio. No obstante, dado que en el caso de autos el interés remuneratorio ha sido declarado usurero con la consiguiente nulidad de dicha cláusula, no asistiría al prestamista derecho alguno en concepto de intereses moratorios; debiendo por tanto la demandada, devolver a la actora las cantidades recibidas por tal concepto.

SEXTO.- Finalmente, procede analizar la cláusula que estipula las comisiones por impago. En relación a este tipo de cláusulas, existe discrepancia de criterios en el seno de la Audiencia Provincial de Barcelona. Así como recuerda la Secc. 4ª de la citada audiencia en su auto 75/2016, de 8 de marzo (recurso nº 265/2015), *“La Audiencia de Barcelona se encuentra dividida en torno a esta cuestión, y así, mientras resoluciones de la Sección 1ª 2.11.15, 19 de 14.10.15, 14 de 31.1.3, entienden que la cláusula es abusiva, otras como la Sección 13 de 2.3.15, o la 16 de 12.2.14 consideran que la cláusula es válida, siempre que su importe no sea excesivo”*, todo ello para concluir, que *“Ante la falta de justificación por parte del Banco del cobro de la indicada comisión, entendemos que debemos seguir el criterio de considerar nula dicho cobro, al no quedar en modo alguno justificados los actos concretos que la pretenden fundamentar”*.

Sentado lo anterior, este juzgador hace suyos los argumentos dados por la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto 341/2015, de 2 de noviembre (recurso nº 1006/2014), a cuyo tenor:

“En el contrato de préstamo se pactó, en la cláusula cuarta denominada “Comisiones” que serían a cargo de la parte prestataria en concepto de “Gastos de reclamación por recibo impagado”, “Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado”.

...

Para la resolución del presente recurso debe partirse, en primer lugar, de lo dispuesto en el artículo 82.1 Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , RD Legislativo 1/2007, según el cual “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas

aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (en parecidos términos, el art. 10 bis. Apartado 1 de la LGDCU de 1984), y en el artículo 85.6 del mismo texto, que considera abusivas las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario y, en concreto "6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (En parecidos términos, la Disposición Adicional Primera de la LGDCU 1984 , apartado I, 3ª, "A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: I . Vinculación del contrato a la voluntad del profesional:

3.ª La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones").

Por otro lado, a tenor de lo establecido en el artículo 82.3 del TRLGDCU, RD Legislativo 1/2007 , "3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" (en parecidos términos el art.10 bis.1 párrafo cuarto de la LGDCU 1984 "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa").

Debe también tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 marzo 2013 C-415/11 (caso), que declaró, interpretando el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ("1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"), al examinar el concepto de cláusula abusiva, que el «desequilibrio importante» creado por tales cláusulas debe apreciarse teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra el consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Para determinar si el desequilibrio se causa «pese a las exigencias de la buena fe», es preciso comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. (Considerandos 68, 69 y 71). El considerando 74 dice así: "en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el

tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos".

...

Por lo que se refiere a las comisiones por devolución de recibos, impagados los recibos indicados en la demanda, entraba en juego la cláusula cuarta denominada "Comisiones" que serían a cargo de la parte prestataria en concepto de "Gastos de reclamación por recibo impagado", "Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado", por cuyo concepto se reclamó la cantidad de 100 €, objeto del despacho de ejecución.

Esta penalización deriva de la mora en el pago, y sí supone un incremento desproporcionado de la sanción prevista para el caso de incumplimiento, debiendo, por otro lado responder a servicios efectivamente prestados o a gastos realmente producidos. No consta en autos justificación alguna de que se haya originado a la ejecutante el perjuicio que se reclama, por lo tanto, podemos concluir que la referida cláusula resulta abusiva y de conformidad con el citado artículo 83 LGDCU, será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

Por todo lo cual, procede estimar parcialmente el recurso formulado y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula cuarta del contrato, en la parte referida a la "Comisiones", "Gastos de reclamación por recibo impagado", "Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado", y, consiguientemente, procede denegar el despacho de ejecución respecto de la cantidad de 100 €, indebidamente ejecutada, correspondiente a comisiones por recibos impagados".

Partiendo de la doctrina expuesta y, partiendo de la especial naturaleza de la operación, que no constituye propiamente un préstamo, sino una especie de "línea de crédito" con límite máximo de disposición, a través de tarjeta de crédito; no pueden sino considerarse abusiva una cláusula que implican una penalización por demora que, por un día de retraso en el abono de la cuota respectiva, ha supuesto 15 euros, lo que debe considerarse del todo abusivo y desproporcionado (ya que sanciona sin medir la "importancia del incumplimiento que sanciona, imponiendo una cuota fija tanto si el retraso es de un día como si lo es de un tiempo muy superior).

Por tanto, la demandada deberá restituir a la actora las cantidades satisfechas por tal concepto.

SEXTO.- Finalmente, procede analizar la abusividad de la cláusula relativa a "modificaciones de este Reglamento y de su Anexo", en la que se establece que "el presente reglamento y su anexo pueden ser modificados por citibank, quien procederá a comunicar previa e individualmente al Titular cualquier modificación que afecte a comisiones, tipo de interés o gastos repercutibles a la Tarjeta, en el plazo que a tal efecto tenga establecido en su Folleto de Tarifas Generales de comisiones y Gastos Repercutibles.

La citada comunicación individualizada, que podrá realizarse por medios electrónicos, si así lo solicita el cliente, se llevará a cabo en primera comunicación que en el marco de la relación contractual se tenga que efectuar a cada Titular. A estos efectos, Citibank cumplirá con dicha obligación informando al Titular en el extracto que

el Banco le remite mensualmente. Teniendo en cuenta que el presente Reglamento y su anexo tienen una duración indefinida, el banco podrá publicar las referidas modificaciones en el Tablón de anuncios de todas y cada una de las oficinas abiertas al público, y en su dirección de internet www.citibank.es, con dos meses de antelación a su aplicación”.

Para la valoración de la abusividad de dicha cláusula debe partirse de lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usurarios de 19 de julio de 1984 cuya Disposición Adicional Primera I. 2ª establecía que “ La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

Por su parte, el actual artículo 82.1 TRLDCU que determina que “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Y, el artículo 85 dispone que “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad

de no prorrogarlo.

3. *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.*”

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

Partiendo de lo anterior, no puede sino considerarse como abusiva una cláusula que permite al empresario modificar, no sólo los tipos de interés pactados o gastos repercutibles (sin sujeción a índice alguno de referencia y sin determinación del modo de variación del tipo) sino cualquier tipo de cláusula y condición estipulada en el mismo, sin consignar causas válidas que justifiquen la reserva de dicha facultad.

Así mismo, no sólo se entiende que no reúne aquéllos requisitos sino que la misma causa un claro perjuicio y desequilibrio del consumidor pues, si bien es cierto que conforme a la cláusula 14 se le permite cancelar el contrato en cualquier momento, no debe obviarse que el consumir podría encontrarse con una modificación que produjera su desinterés en el contrato pero con un saldo deudor que no podría afrontar en pago único de extinguirse. Todo lo cual implicaría la imposibilidad de cancelarlo y la imposibilidad de no someterse a las modificaciones.

En consecuencia, procede la declaración de abusividad de la cláusula 13 del contrato.

SÉPTIMO.- En relación a los intereses reclamados, son de aplicación los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, por lo que al principal reclamado se le aplicará el interés legal del dinero.

Además, conforme a lo previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a estas cantidades le serán de aplicación el interés por mora procesal equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el momento en que se dicte esta sentencia.

OCTAVO.- Establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso, al estimarse íntegramente las pretensiones del actor, procede la expresa condena en costas del demandado.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda de reclamación de cantidad presentada en nombre y representación de DOÑA frente a WIZINK BANK S.A. y, en consecuencia:

Primero.- Declarar la nulidad absoluta y originaria de las cláusulas 7ª relativa a “Cuáles son los intereses, cuotas y comisiones” y su correspondiente “Anexo”, 13ª relativa la “Modificación de este Reglamento y de su Anexo”, contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de 14 de febrero de 2003, que rige entre las partes.

Segundo.- Condenar a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad que resulte de la anterior declaración de nulidad, que se determinará en ejecución de sentencia; cantidad que habrá de incrementarse con el preceptivo interés legal del dinero, en los términos indicados en el fundamento Jurídico Séptimo de la presente resolución.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, cabiendo contra ella recurso de apelación que habrá de interponerse en el plazo de veinte días y del que conocerá la Il.ª Audiencia Provincial de Barcelona.

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo acuerda, manda y firma, Doña _____, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Uno de L'Hospitalet de Llobregat.