

Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Barcelona

Procedimiento ordinario 430/2019 -1M

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a:

Abogado/a: Maria Lourdes Galvé Garrido

Parte demandada/ejecutada: WIZINK BANC, S.A.

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 99/2020

En Barcelona, a 10 de junio de 2020.

Vistos por Dña. _____, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos a instancia de D. _____, representado por la Procuradora Dña. _____ y bajo la asistencia letrada de Dña. LOURDES GALVÉ GARRIDO contra la entidad WIZINK BANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. _____ y asistida por el Letrado D. _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Dña. _____, en el nombre y la representación antes indicada, presentó en fecha 13 de mayo de 2019 demanda de juicio ordinario contra Wizink Bank, S.A., en solicitud de declaración de nulidad del contrato de suscrito por el demandante con la entidad Citibank en fecha 7 de agosto de 1992, por usurario y, subsidiariamente, por falta de transparencia y/o abusividad de la cláusula de fijación del interés remuneratorio, composición de pagos, variación unilateral de condiciones contractuales y comisión de impagos, todas ellas previstas en el contrato. Solicitando el demandante, en consecuencia, la restitución de los efectos del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad se interesa, con devolución recíproca de tales efectos, más los intereses legales y procesales y las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 31 de mayo de 2019, se acordó dar traslado a la parte demandada, con entrega de copia de la demanda y de los documentos acompañados, emplazándola para contestar a la

demanda, lo que llevó a cabo dentro del plazo legalmente establecido.

Por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2019 se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa para el día 17 de diciembre de 2019 a las 12:10 horas. Dicha audiencia previa tuvo lugar en la fecha señalada, en la que comparecieron las partes, debidamente asistidas y representadas en la forma establecida en el encabezamiento de la presente sentencia, ratificándose ambas en sus escritos de alegaciones, fijando a continuación los hechos controvertidos y dándoles trámite para la impugnación de documentos. Tras ello se pasó a la fase de proposición de prueba, admitiéndose en dicho acto la que se consideró pertinente, consistente en documental, testifical y pericial.

TERCERO.- Por providencia de 8 de mayo de 2020, y ante la renuncia de la parte demandada a celebrar la vista y la imposibilidad de practicar la prueba testifical propuesta por la parte demandante, se acordó la suspensión de la vista señalada para el día 29 de abril de 2020, dando traslado a las partes para que evacuaran por escrito sus conclusiones, habiendo evacuado ambas dicho traslado.

Por ello, por diligencia de ordenación de fecha 4 de junio de 2020 quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de la demanda

Se ejercita por la actora una acción para solicitar la declaración judicial de nulidad del contrato de suscrito por el demandante con la entidad Citibank en fecha 7 de agosto de 1992, por usurario y, subsidiariamente, por falta de transparencia y/o abusividad de la cláusula de fijación del interés remuneratorio, composición de pagos, variación unilateral de condiciones contractuales y comisión de impagos, todas ellas previstas en el contrato. Solicitando el demandante, en consecuencia, la restitución de los efectos del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad se interesa, con devolución recíproca de tales efectos, más los intereses legales y procesales y las costas del procedimiento.

Basa el demandante sus pretensiones en el hecho de que, actuando en su condición de consumidor, suscribió con la entidad Citibank un contrato de crédito "revolving" cuyas condiciones contractuales le habrían sido impuestas, sin haber sido tampoco informado debidamente por la entidad sobre la naturaleza, contenido y obligaciones del contrato, imponiendo así al demandante, entre otros extremos, el pago de un interés retributivo que sería usurario, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, en consonancia con la STS de 25 de noviembre de 2015 y la más

reciente de 4 de marzo de 2020.

Subsidiariamente, alega el demandante que el interés retributivo aplicado sería nulo por no superar el doble control de transparencia, al amparo de la STS de 4 de marzo de 2020.

Por lo que respecta a la cláusula relativa a la variación unilateral de las condiciones del contrato, considera el demandante que sería nula por vulneración del art. 82.4 y 85.3 de la LGDCU (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/07), el art. 1255 Cc y el art. 8 de la Ley de Crédito al Consumo (LCC).

Respecto a la cláusula relativa a la aplicación de comisiones por impagos, señala la parte demandante que su nulidad vendría justificada en el hecho de que la entidad demandada no habría acreditado que los cargos que pretende aplicar correspondan a servicios efectivamente prestados.

SEGUNDO.- Contestación de la parte demandada

La parte demandada se opone a la estimación de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato suscrito por el demandante sería perfectamente válido, no siendo en ningún caso usurarios los intereses remuneratorios establecidos en el mismo. Por otro lado, considera que estos últimos no son susceptibles de control de abusividad, sino sólo de transparencia.

Asimismo, considera que el contrato objeto de autos no contendría cláusulas abusivas, y que el demandante, además, estaría actuando contra sus propios actos mediante la interposición de la demanda, al haberla presentado después de haber hecho uso de la tarjeta durante casi 27 años.

Finalmente, pone en duda la cuantía del procedimiento.

Por todo ello, solicita la desestimación de las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Valoración probatoria de los hechos controvertidos

Tercero a).- Sobre la doctrina de los propios actos

Empezando por la cuestión relativa a la contravención por el demandante de la doctrina de los actos propios que invoca la entidad demandada, basada en el tiempo transcurrido desde la fecha de celebración del contrato (1992) hasta la actual reclamación judicial (en 2019), con cumplimiento de los pagos aplazados según el interés ahora impugnado sin mostrar objeción alguna, no puede dicha cuestión, a juicio de la que suscribe, ser invocada como obstativa al éxito de la acción de nulidad planteada.

Comparte esta juzgadora los argumentos establecidos por la **SAP Asturias**, de

25 de junio de 2019, 6ª, según la cual “es absolutamente consolidada la jurisprudencia del TS, que exige para la apreciación de esa vinculación a los actos propios que los invocados como tales sean jurídicamente válidos y eficaces en derecho para producir el efecto jurídico que les es propio, excluyendo por ello que puedan invocarse como tales los llevados a cabo en cumplimiento de un contrato, que como el de autos está incurso en causa de nulidad radical. En tal sentido se pronuncia entre otras muchas y, por citar una de las más recientes, la STS de 7 de abril de 2015, con cita de su precedente de 16 de febrero de 2012, en la cual se recuerda que “ la jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias : i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado”. Añadiendo que “la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261, a saber los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, en definitiva, la doctrina de los actos propios, no es aplicable en materia de nulidad (SSTS 10 de junio y 10 de febrero de 2003” .

Tampoco es por ello aplicable la convalidación por el transcurso del plazo de cuatro años legalmente establecido en el art. 1301 del CCivil, que tiene su ámbito específico en los contratos anulables esto es aquellos en que concurren los requisitos del art. 1261 del CCivil, y no a los radicalmente nulos como es el caso, en cuanto esa es la sanción establecida en la Ley de Usura, y así lo declara expresamente la tan citada sentencia del TS de pleno de 25 de noviembre de 2015, con cita de su precedente de 14 de julio de 2009, cuando dice que “ El carácter usurario del crédito “revolving”... conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como « radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva”, siendo por ello las consecuencias derivadas de tal declaración las previstas en el art. 3 de la Ley de Reprensión de la Usura, no otra que las fijadas en la recurrida, de tal declaración de nulidad, con limitación de la obligación del prestatario a entregar tan solo la suma o principal recibido, lo presupone el exceso abonado por cualquier otro concepto”.

Por ello, es evidente que la doctrina de los actos propios no puede ser aplicada al caso que nos ocupa, como pretende la parte demandada. Ello supone desestimar dicho alegato de oposición a la demanda.

Tercero b).- Sobre los intereses retributivos estipulados en el contrato y su posible carácter usurario

Para el análisis de la cuestión que ahora nos ocupa hay que traer a colación el

contenido de la **STS de 4 de marzo de 2020, 1ª**, que remite a la anterior **STS de 25 de noviembre de 2015, 1ª** y que hace referencia a un litigio análogo al que ahora nos ocupa, en el que la parte demandada era precisamente la entidad Wizink Bank.

Señala el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 4 de marzo:

“Decisión del tribunal (I): doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del pleno del tribunal 628/2015, de 25 de noviembre.

1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre, cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos:

i) 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. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) 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 de Represión de la Usura, 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».

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal»

puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como «no excesivo» un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del «interés normal del dinero» (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el 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.

2.- De lo expuesto se desprende que no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España. En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving), sin que tal cuestión fuera objeto de discusión en el recurso de casación, puesto que lo que en este se discutía en realidad es si la diferencia entre el interés del crédito revolving objeto de aquel litigio superaba ese índice en una proporción suficiente para justificar la calificación del crédito como usurario. Tan solo se afirmó que para establecer lo que se considera «interés normal» procede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España sobre los tipos de interés que las entidades de crédito aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas.

3.- A lo anteriormente expuesto se añadía el hecho de que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o revolving, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España”.

En fundamento de derecho cuarto de la misma sentencia se actualizan los criterios para determinar cuándo el interés remuneratorio pactado en un contrato como el que ahora nos ocupa puede ser considerado usurario, de acuerdo con la regulación establecida en la Ley de 23 de julio de 1908, partiendo el Tribunal Supremo de la necesidad de analizar si el tipo aplicado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación a las circunstancias del caso.

En concreto, reza dicho fundamento jurídico:

“Decisión del tribunal (II): la referencia del «interés normal del dinero» que ha de utilizarse para determinar si el interés de un préstamo o crédito es notoriamente superior al interés normal del dinero

1.- Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como «interés normal del dinero». Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte

características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

5.- Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados”.

En el caso de autos, analizada la documentación adjuntada como documento 4 de la contestación (recibos aportados por la demandada) y los documentos 3 y 7 de la demanda (copia de la solicitud del contrato y recibos), consta que el TAE aplicado al contrato inicialmente era del 23'14%, del 24'71% para compras y de 26'82 % para efectivo, y del 26'82 % en todo caso a partir del 2009.

En cuanto a los datos de referencia disponibles a los efectos de llevar a cabo una comparativa entre los tipos aplicados y determinar la existencia o no de usura, hay que señalar que en la fecha en la que se efectuó la contratación (1992) no se disponía de datos específicos relativos a los créditos “revolving”, por lo que habría que acudir al interés legal, que era de un 10% o, en su caso, al de demora, que era de un 12%. Por ello, el tipo de interés aplicado al contrato sería en todo caso superior al normal del dinero.

Asimismo, comparando dicho interés con la media histórica del TAE para crédito de consumo (desde el 2003 al 2019, que sería de poco más de un 9%), o, como dice el Tribunal Supremo, fijando un mejor criterio de comparación, con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que sería algo superior al 20% -por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda-, resultaría de nuevo que el TAE aplicado al caso de autos sería superior al normal del dinero, en cualquiera de las comparativas que se han tomado en consideración y, más específicamente, en la establecida en la STS de 4 de marzo de 2020.

Junto a ello, habría que añadir que el interés remuneratorio aplicado al demandado sería desproporcionado, en atención a las circunstancias del caso, máxime cuando la entidad demandada no habría probado, como a ella correspondería, la concurrencia de ninguna circunstancia excepcional que justificara el tipo de interés aplicado, ni por razón de la finalidad y/o objeto del crédito ni tampoco por razón de las condiciones subjetivas del demandante.

En relación a esta cuestión, tanto la STS de 25 de noviembre de 2015 como la de 4 de marzo de 2020 disponen que *“no pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el 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”.

Por lo que respecta a las condiciones subjetivas del demandante, conviene señalar que la defensa de éste solicitó en el acto de la audiencia previa que la entidad demandada aportara el estudio de riesgos que llevó a cabo en relación al sr. con carácter previo a la contratación, sin que aquélla hubiera podido evacuar dicho requerimiento. Tampoco pudo ésta identificar al empleado de la entidad que se encargó de verificar el contrato con el demandado, lo que por otro lado resultaría lógico, teniendo en cuenta la fecha de celebración del contrato.

En todo caso, no obstante, siendo a juicio de la que suscribe el interés remuneratorio aplicado al demandante notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en atención a las circunstancias del caso, la consecuencia no puede ser otra que la de declarar la nulidad del contrato objeto de autos por su carácter usurario, condenando así a la demandada a restituir al demandante todas aquellas cantidades por intereses remuneratorios abonadas por el sr. desde el inicio del contrato que no se correspondan con el capital prestado, tal y como establece el art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908. Cantidades todas ellas que deberán determinarse en fase de ejecución de sentencia.

La estimación de la acción principal de nulidad del contrato por usurario convierte en innecesario el análisis de la cuestión relativa a la nulidad del contrato por falta de transparencia de la cláusula de fijación del interés remuneratorio.

No obstante, sí deberá analizarse seguidamente la cuestión relativa a la abusividad o no de la cláusula por la que se establecen comisiones por reclamación de impagos (condición general 12ª y anexo, doc. 6 demanda), y modificación del contrato y sus condiciones (condición general 17ª, doc. 6 demanda).

Tercero c).- ¿Cláusulas abusivas?

Tercero c). I.- Comisión por reclamación de impagos

En relación a esta cuestión, prevé la condición general 12ª del contrato que si se produce el impago por el prestatario el banco podrá cobrar una comisión por reclamación de cuota impagada, la cual se cifra en 35 euros por cada cuota, de conformidad con el anexo del contrato.

Examinado el contenido de dicha cláusula, cabe considerarla nula por abusiva. Ello porque la parte actora no ha acreditado los gastos en que ha tenido que

incurrir para efectuar dicha reclamación.

Así, la **SAP Barcelona de 11 de enero de 2010, 19^a**, a este respecto dispone que “por lo que se refiere a la cantidad de 345 euros por comisión de devolución, que estaba establecida en la cláusula 21 del contrato suscrito, alegan los apelantes que no responde a gastos realmente soportados por la actora, por lo que no procede la condena a su pago.

El contrato origen del presente procedimiento es un contrato de adhesión, al que le son aplicables por tanto las normas contenidas en el art. 10.1 LGDCU, en la redacción dada al mismo por ley 7/1998, de 23 de abril, de condiciones generales de la contratación, que era la normativa vigente cuando se suscribió.

En el apartado c) de dicho art. 10.1 se impone la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye: "5. Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

En el caso de autos, ciertamente la cláusula 21 del contrato establece la comisión que ahora se discute, pero, a diferencia de lo que ocurre con la reclamación por gastos de gestión, en cuantía de 145 euros, que también reconoce la sentencia apelada, no se ha acreditado que efectivamente aquella retribuya una prestación adicional por parte de la entidad de financiación. No se ha alegado siquiera cual pueda ser dicha prestación, y desde luego no fue susceptible de ser aceptada o rechazada, por lo que debe predicarse su nulidad, de conformidad con lo establecido en el apartado 4 del referido art. 10, y, en consecuencia, estimarse este extremo del recurso”.

En sentido similar, la **SAP Las Palmas de 8 de octubre de 2012, 4^a**, establece que “del propio modo procede declarar de oficio la abusividad de la cláusula en la que se pacta un mínimo por comisión de devolución de los recibos impagados un 18'03 euros por cuota impagada y que se reclaman en relación a las 9 cuotas impagadas que determinaron el vencimiento anticipado, esto es un total de 162'27 euros, pues la fijación unilateralmente impuesta por la entidad financiera prestamista, de la referida comisión por cuantía mínima de 18'03 euros por recibo devuelto impagado, lo que representa en torno al 7'50 % del importe del recibo, sin que se justifique para nada su relación o correspondencia con los hipotéticos gastos que hubiese tenido que soportar la financiera por tal devolución gastos como los de papel, correo o costes fijos de personal necesarios para hacer la gestión de cobro, de los que no existe acreditación alguna en el proceso, ha de considerarse como cláusula abusiva, conforme a lo normado en el artículo 10 bis de la LGDCU al comportar un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del citado contrato al implicar un incremento injustificado de los costes que debe soportar el prestatario para el caso de impago de los recibos mensuales de amortización”.

En el mismo sentido se pronuncia la **SAP Cantabria 18-4-13, 2ª**: “se ha de ponderar igualmente que los intereses de demora –que suponen una sanción en caso de impago del deudor- no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena, con el objetivo de indemnizar todos los perjuicios causados por el irregular cumplimiento de las obligaciones pactadas (STS de 26 de octubre del 2.011), por lo que se ha de entender que los indicados intereses alcanzan todos los perjuicios resultantes del impago, no existiendo otros acreditados perjuicios adicionales distintos, imputables al deudor, que puedan dar lugar a la aplicación de "comisiones por reclamaciones de posiciones deudoras" (art. 1152 Código Civil); además, las indicadas "comisiones" no responden a servicios o contraprestaciones efectivamente realizados en cumplimiento del contrato de préstamo”.

Por ello, es evidente que la cláusula en cuestión resulta abusiva, debiendo declararse su nulidad al hilo de la normativa establecida en la LGDCU. Ello supondrá, a su vez, la detracción respecto de las cantidades debidas por el demandante en virtud del contrato las correspondientes a tales comisiones hasta la fecha cargadas desde el inicio de la relación contractual.

Tales cantidades, de nuevo, deberán determinarse en fase de ejecución de sentencia.

Tercero c) II.- Cláusula rubricada “Modificaciones de este Reglamento y de su Anexo”

Por lo que respecta a la cláusula 17ª del contrato, relativa a sus modificaciones y a las de su anexo, dispone la misma: “el presente reglamento y su anexo pueden ser modificados por el banco, quien procederá a comunicar previa e individualmente al titular cualquier modificación contractual y en particular las que afecten a comisiones, tipos de interés o gastos repercutibles de la tarjeta. Toda modificación propuesta por el Banco será notificada al Titular con una antelación no inferior a dos (2) meses respecto de la fecha de aplicación propuesta. No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que resulten inequívocamente más favorables para el Titular. Se considerará que el titular ha aceptado las modificaciones en caso de que no hubiere notificado al Banco su no aceptación con anterioridad a la fecha en la que los cambios entren en vigor. La citada comunicación individualizada podrá realizarse por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica o telemática equivalente, y asimismo podrá ser puesta en conocimiento del Titular en el extracto que le remita mensualmente el Banco en caso de que afecte a la liquidación de las operaciones de la tarjeta”.

Al respecto de dicha cláusula, considera el demandante que infringe lo dispuesto en el art. 82.4 a), b), c), d) y e) LGDCU y que, por tanto, se consideraría abusiva, por cuanto vincula el contrato a la voluntad del empresario, limita los derechos del consumidor y usuario, determina la falta de reciprocidad en el contrato, impone al consumidor y usuario garantías desproporcionadas y/o resulta desproporcionada en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En particular, considera el demandante que dicha cláusula también vulnera lo dispuesto en el art. 85.3 del mismo cuerpo legal, que dispone:

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

(...)

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”.

No obstante, a juicio de la que suscribe, la cláusula en cuestión no resulta abusiva por cuanto se ajusta a lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, que dispone:

“Artículo 22. Modificación de las condiciones del contrato marco.

1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el artículo 18 de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago.

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad. Cuando se haya convenido así, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones.

2. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados. El usuario de servicios de pago será informado de toda modificación del tipo de interés lo antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. No obstante, los cambios en los tipos de

interés o de cambio que sean más favorables para los usuarios de servicios de pago podrán aplicarse sin previo aviso (...)”.

En el caso de autos, además, vista la documentación obrante en autos, adjuntada por la parte demandada a su contestación, se acredita que el demandante iba recibiendo mensualmente durante toda la relación contractual –porque el Banco así se lo enviaba- una serie de extractos o recibos en los que constaba expresamente las liquidaciones económicas generadas por el uso de la tarjeta, con indicación del tipo de interés aplicado en cada momento. No constando, además, que el sr. Powell se hubiera opuesto en modo alguno a las modificaciones aplicadas respecto a los tipos de interés, por más que finalmente decidiera interponer demanda judicial para poner de manifiesto el carácter usurario del interés retributivo que en cada momento se le estaba aplicando. Por lo tanto, la modificación del interés remuneratorio por parte de la entidad demandada durante la vigencia de la relación contractual fue ajustada a Derecho y a lo estipulado en el contrato, sin poder así sostener que la cláusula controvertida sea abusiva.

Todo ello supone, en consecuencia, la estimación parcial de la demanda, en el sentido de que debe declararse la nulidad del contrato de fecha 7 de agosto de 1992, por considerarlo usurario, con condena a la parte demandada a restituir al demandante todas aquellas cantidades devengadas desde el inicio de la relación contractual por intereses retributivos que no se correspondan con el capital prestado.

Asimismo, se debe declarar la nulidad, por abusividad, de la cláusula 12ª del contrato y su anexo, en lo relativo a la fijación de comisiones por reclamación de impagos, detrayendo de las cantidades debidas por el demandante las correspondientes a tales comisiones hasta la fecha cargadas y desde el inicio de la relación contractual.

Cantidades todas ellas que deberán determinarse en fase de ejecución de sentencia. Devengando además las cantidades a devolver por la entidad demandada los intereses legales correspondientes, a computar desde la interpelación judicial, de acuerdo con los arts. 1100 y 1108 Cc.

Sin que proceda la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula 17ª del contrato, rubricada “Modificaciones de este Reglamento y de su Anexo”.

Tercero d).- Cuantía del procedimiento

Respecto a esta cuestión, la parte demandante considera que la cuantía del procedimiento sería indeterminada, al amparo del art. 251.1 LEC, mientras que la parte demandada sostiene que el interés económico del pleito sería perfectamente cuantificable, consistente en la diferencia de la cantidad adeudada hasta la fecha por el prestatario y la abonada por los conceptos cuya nulidad interesa, considerando así que la cuantía del procedimiento sería de 19.293'37 euros (cantidad total pendiente de abonar por el prestatario menos

sentencia. Devengando además las cantidades a devolver por la entidad demandada los intereses legales correspondientes, a computar desde la interpelación judicial.

NO HA LUGAR a la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula 17ª del contrato, rubricada "Modificaciones de este Reglamento y de su Anexo".

Cada una de las partes sufragará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación a interponer en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación de la presente resolución, formalizándolo por escrito, que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, de conformidad con lo establecido en los art. 455 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.