

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Abogado:
Maria Lourdes Galvé Garrido

Procurador:

Demandado

Wizinkbank, S.a

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 14 de febrero de 2020, por Doña _____, Magistrada Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº3 de los de esta ciudad y su partido, vistos los presentes autos que se han tramitado por el procedimiento previsto para el Juicio Ordinario bajo el número 800/2019, siendo parte demandante Doña _____, representada por la Procuradora Doña _____ y dirigida por la Letrada Doña Lourdes Galvé i Garrido, contra la entidad Wizink Bank S.A., representada por la Procuradora Doña _____ y defendida por el Letrado D. _____, versando los autos sobre nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación procesal de la parte actora se presentó escrito de demanda arreglado a las prescripciones legales, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado y en el que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, que se dictara sentencia en los términos especificados en su suplico, con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada por término de veinte días para que compareciera en autos y contestara aquélla, lo que verificó en tiempo y forma oponiéndose a la demanda con arreglo a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitando que se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Acto seguido, se convocó a las partes a la audiencia prevista en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, llegado el día señalado, por las partes se manifestó que se afirmaban y ratificaban en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Propuestos por las respectivas partes los medios de prueba que consideraron conducentes a su derecho los cuales, previa declaración de su pertinencia, fueron practicados con el resultado que obra en la grabación realizada al efecto.

CUARTO.- En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fundamenta la actora Doña _____ su demanda en haber suscrito, en fecha 4 de diciembre de 2015, documento de solicitud de tarjeta de crédito de la entidad Banco Popular. Relata la demanda que “ cuando la actora se encontraba en el aeropuerto de Madrid, se acercó un comercial que representaba a Banco Popular-e, ofreciéndole la contratación de un crédito al consumo, instrumentalizado mediante una tarjeta, para poder sobrellevar más fácilmente (sic) los gastos del hogar, comunicándole las grandes ventajas que la misma le reportaría, ya que tendría una línea de crédito con unos intereses muy bajos y que además podría pagar en cómodos plazos de su elección (...) posteriormente, con la creencia de tener un crédito a precio de mercado y cuyos pagos siempre incluirían la reducción del capital pendiente, la actora utilizó la tarjeta en diversas ocasiones, sin advertir ni el tipo de interés desproporcionado ni el mecanismo de capitalización de intereses de la tarjeta, todo ello enmascarado (sic) en la falta absoluta de información clara sobre lo que pagaba cada mes y el coste real de la financiación (...)”. Añade la demanda que “ la actora nunca recibió información clara del producto, ni en la contratación ni durante el desarrollo de la relación contractual; fue a raíz de la repercusión en los medios de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 que reparó en la oscuridad de la información de la tarjeta, así como en que la deuda pendiente no se reducía como debería, con intereses muy elevados y otros cargos totalmente injustificados, con un tipo de interés desproporcionado, al igual que el modo de amortización, viendo que pasados los meses la deuda no minoraba (...) La tarjeta se encuentra activa y la actora ha ido abonando los recibos remitidos, sin que dicho abono suponga en ningún caso una conformidad con los importes e intereses aplicados por la demandada (...)”. Solicita la actora en el suplico que se declare la nulidad del contrato por usurario y subsidiariamente de determinadas cláusulas por no superar el doble control de transparencia y/o por abusividad (en concreto, de la cláusula de interés remuneratorio y composición de pagos), así como la nulidad por abusividad de la cláusula de variación unilateral de las condiciones del contrato y comisión de impagados 8...9 así como que se condene a la demandada a la restitución de los efectos dimanantes del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad sea declarada, con devolución recíproca de tales efectos (sic), así como a pagar los intereses legales y procesales y el pago de las costas.

En su escrito de contestación, la entidad demandada Wizink Bank S.A., después de exponer las características de la tarjeta de crédito a que se refiere el contrato suscrito con la actora, y de explicar el procedimiento para la contratación de la misma, y la información facilitada al titular de la tarjeta, alega que “todas las cláusulas del contrato superan el control de inclusión y transparencia (...) debe recordarse que las condiciones generales del contrato se encontraban en la solicitud firmada por la demandante, quien admitió en ella haber leído y estar conforme con las mismas (...) las obligaciones de pago nacen únicamente cuando el cliente hace uso de la tarjeta, y los extractos periódicos aseguran siempre que antes de comprometerse el cliente ya disponga de la información cabal de cuáles son las condiciones (sic) (...)”. Añade la demandada que “los intereses remuneratorios constituyen un elemento esencial del contrato que no está sujeto al control de abusividad” y, en cuanto a las comisiones cobradas por el Banco, afirma que son válidas y eficaces (...)”. Indica la demandada que “la actuación de la

demandante contraviene sus actos propios (...) no puede ahora, cuatro años más tarde, pretender la devolución de todas las cantidades cobradas por el Banco que excedan del capital dispuesto amparándose, entre otros motivos, en la falta de transparencia del tipo de interés aplicado (...) el interés normal del dinero para las tarjetas de crédito de pago aplazado no es el interés medio de los préstamos personales al consumo, sino el interés medio del mercado de referencia (...)" . Tras la exposición de sus razonamientos y de la jurisprudencia y doctrina que estima aplicables al caso, termina la demanda solicitando el pronunciamiento de un fallo absolutorio, con imposición a la actora de las costas ocasionadas.

SEGUNDO.- Expuesta del modo que antecede la cuestión litigiosa, procede primeramente precisar que en todo caso la declaración de nulidad de la cláusula del contrato referente al interés remuneratorio determinaría que dicha cláusula debiera tenerse por no puesta, pero no se extendería a la nulidad del resto de condiciones y cláusulas pactadas. Ante la alegación de abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios del contrato de tarjeta que realiza la actora, es de señalar que tal alegación debe entenderse necesariamente referida (aunque no se especifique en el suplico, y se infiera solo del relato de la demanda) a la no superación de los controles de incorporación y transparencia, por no ser aplicables otros parámetros al formar el interés remuneratorio parte del elemento esencial del contrato consistente en el precio. Ante la pretensión, entonces de declaración de abusividad, por más que haya sido formulada con carácter subsidiario, ha de ser citado primeramente el artículo 5.1 párrafo segundo de la Ley Condiciones Generales de la Contratación cuando 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 expresa, por su parte, que "*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. Como afirma, por citar alguna resolución reciente, y entre otras numerosas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de julio de 2019, "*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 dicho control en la reglamentación de la buena fe, e 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 los antes citados artículos 5 y 7 de la ley 7/998 y que, además, no vulnera los límites legales de todo contrato por negociación, cuales son la ley, la moral y el orden público conforme al principio 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*".

Como cita la misma resolución indicada, "*dice la relevante sentencia de 9/5/2013 del Tribunal Supremo a forma de conclusión en esta materia que -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." La cuestión, entonces, y tal como ha quedado planteado el litigio a partir de la estructura de la demanda, estriba en determinar si la prestataria o concesionaria de la tarjeta de crédito tuvo o no la oportunidad real de conocer el coste del contrato y, en concreto, la estipulación del tipo de interés retributivo. Tal examen habrá de realizarse, obviamente, a partir de la documentación obrante en autos, consistente a estos efectos en la solicitud de tarjeta, y en los extractos que fueron remitidos por la entidad bancaria a medida que el crédito representado por la tarjeta era objeto de disposición. Pues bien, del examen del documento de solicitud no puede desde luego inferirse que con toda claridad, precisión y sencillez puedan extraerse las cláusulas aplicables; señaladamente, en el anverso del documento no se consigna en lugar destacado el tipo de interés aplicable, que solo en letra minúscula y en párrafo abigarrado puede leerse, tras la mención a las formas de pago que son "decididas" por el titular de la tarjeta. No se recoge en forma clara y perfectamente comprensible, entonces, y bajo la firma de la prestataria, en la hoja primera que sirve para concertar el contrato, la mención al tipo de interés, y ya en el reverso puede solamente distinguirse con una lupa y mucha voluntad y paciencia el texto de las distintas condiciones aplicables. Como también afirma la sentencia antes citada de la Audiencia Provincial de Valencia, *"el argumento de la recurrente (el Banco) 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"*. Todo lo anterior conduce a la declaración de nulidad de la condición general mencionada 1.9 (en cuanto al interés aplicable), por no superar la misma el tan meritado control de transparencia y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (sin que por la demandada, además, se haya desplegado prueba alguna –artículo 217 de la LEC- tendente a acreditar que la comercialización de la tarjeta y su ofrecimiento a la actora incluyó una información y explicación completa y eficiente de los términos del contrato). La apreciación de tal abusividad de la cláusula, a pesar como se ha dicho de haber sido formulada con carácter subsidiario, determina ya de por sí la estimación de la demanda, aun cuando la pretensión principal se refiera a la Ley de Represión de la Usura y a los parámetros contenidos en la sentencia de 25 de noviembre de 2015 en cuanto a qué haya de ser considerado como "interés notablemente superior al normal del dinero", es decir, incluso con independencia de cuáles sean los elementos de comparación que hayan de ser tenidos en cuenta, que es en lo que se ha centrado básicamente la argumentación contenida en el escrito de contestación.

TERCERO.- Apreciada la nulidad de la cláusula de intereses, por ser la misma abusiva al no superar los controles de transparencia e incorporación, procede la aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 1303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, la condena a la entidad prestamista a devolver a la actora las cantidades cobradas de más durante la vigencia del contrato, que obviamente habrán de ser determinadas en ejecución de sentencia (artículo 219 de la LEC). En cuanto a la alegación de prejudicialidad formulada por la entidad

demandada, por referencia a procedimiento/s sobre la misma materia pendientes ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cabe indicar que ha sido introducida “ex novo” en el acto de la audiencia previa, sin justificar documentalmente su procedencia y sin acreditar que tal pendencia ante el Alto Tribunal haya de ser considerado como un hecho nuevo acaecido después de la presentación del escrito de contestación a la demanda. No puede, por tanto, ser acogida la alegación ni dar lugar a la suspensión del curso de las actuaciones.

CUARTO.- Igual suerte en cuanto a la declaración de nulidad debe, a criterio de esta juzgadora, correr la cláusula 16 relativa a la posibilidad de variación unilateral de tipos de interés, en cuanto establece que el Banco “el Banco procederá a comunicar previa e individualmente al titular cualquier modificación contractual que tenga lugar, y en particular las que afecten a comisiones, tipos de interés o gastos repercutibles de la tarjeta (...)”. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de abril de 2018, *“aun admitiendo que el contrato previera la facultad de la entidad para modificar unilateralmente uno de los parámetros cuantitativos del contrato, a modo de excepción de la regla general prevista en el artículo 1. 256 del Código Civil, debe subrayarse que la modificación es inválida, ya que no respeta diversas normas imperativas de tutela específica del consumidor de crédito plenamente aplicables al contrato litigioso. Así, la Ley 7/1995, de crédito al consumo (LCC, hoy sustituida por la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo), sabedora de que la legislación comunitaria contempla la posibilidad de variación unilateral en determinadas circunstancias de los contratos financieros de consumo por parte de la entidad de crédito (Directiva 93/13/CEE), consentía en su artículo 8 la modificación del coste total del crédito en perjuicio del prestatario siempre que así se hubiera previsto en el contrato y que se respetasen una serie de exigencias, entre ellas la de que se identificase el índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste y en su caso el diferencial, así como que se precisara el procedimiento a seguir para la variación. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 85. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2007) se pronuncia en términos semejantes, al supeditar la validez de la cláusula que faculta al empresario de un contrato financiero a modificar sin previo aviso el tipo de interés a que ese interés se encuentre adaptado a un índice legal (así, los enumerados en las Circulares 5/1994 y 7/1999 del Banco de España, ahora recogidos en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) y se describa el modo de variación del tipo o, en otros casos, a que dé una “razón válida” de su conducta”*. Resulta arbitraria la modificación del tipo de interés remuneratorio del 1,15% mensual inicial al 1,252 %, y posteriormente al 1,50% y al 1,70%, ya que no está referenciado a índice alguno ni tampoco ha invocado la entidad demandada una razón válida-entendida como criterio objetivo y suficiente- que justificase su decisión unilateral de incremento sustancial de los intereses remuneratorios.

La declaración de nulidad de la cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato, en especial del tipo de interés aplicado, conllevará tener la misma por no puesta y, correlativamente, la condena al Banco a devolver las cantidades cobradas por aplicación de intereses superiores a lo pactado, en su caso.

QUINTO.- Ha de tenerse por no puesta, asimismo, la cláusula del contrato (condición general 12) que por remisión al Anexo prevé una comisión por recibo impagado de 35 euros.

Evidentemente, llámese como se llame, lo que predispuso en esas cláusulas la prestamista son intereses moratorios, pues no otra es la naturaleza y razón de ser de esa suma sobre la cuota impagada que, sumada al interés remuneratorio previsto cada vez que fuera presentada al cobro, debería abonar el prestatario moroso, agravado con el pacto de anatocismo, más la suma directamente aplicada para cada recibo devuelto. Por lo tanto, excediendo con mucho el referido tipo el legal del dinero previsto para la fecha de concertación del contrato, es claro que la cláusula conducente a la determinación de una desproporcionada sanción por demora, ha de ser declaradas nulas, sin que proceda la simple moderación de los intereses.

SEXTO.- De conformidad con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas ocasionadas en esta primera instancia deberán ser satisfechas por la parte demandada.

En atención a todo lo que antecede, así como por lo dispuesto en las demás normas de general y pertinente aplicación y por la Autoridad conferida por la Constitución y las Leyes,

FALLO

Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda formulada por la Procuradora Doña _____, en nombre y representación de Doña _____, declarando la nulidad de las cláusulas o condiciones del contrato de tarjeta referenciado en autos relativas a la fijación del tipo de interés remuneratorio (9), variabilidad unilateral de las condiciones del contrato (16) y comisión por reclamación de impagados (12), por ser las mismas abusivas, teniéndolas por no puestas y condenando a la entidad demandada Wizink Bank S.A. a estar y pasar por dicha declaración, así como a devolver a la actora, previa presentación de la correspondiente liquidación, las cantidades cobradas en aplicación de las referidas cláusulas más los intereses legales devengados. Las costas ocasionadas en esta primera instancia serán satisfechas por la parte demandada.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo y con los requisitos establecidos por la Ley para el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará unida a estas actuaciones, con inclusión de la literal en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, la ordeno, mando y firmo.

E/