

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 06 DE MADRID

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 63/2021

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: WIZINK BANK, S.A.

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 86/2022

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña.

Lugar: Madrid

Fecha: uno de marzo de dos mil veintidós.

Visto por la Ilustrísima Sra. DOÑA ,
MAGISTRADA JUEZ del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Madrid, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO registrados con el número 63/2021 promovidos a instancia del Procurador Dña. , en nombre y representación de Dña. , asistida del Letrado D. David González Navarro, frente a WIZINK BANK, S.A., representada por la Procuradora Dña. , con la asistencia letrada de D. , es procedente dictar la presente sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Decreto de 3 de marzo de 2021, se admitió a trámite la demanda presentada por el Procurador Dña. , en nombre y representación de Dña. M^a , frente a WIZINK BANK, S.A., sobre Nulidad/Usura de Contrato de Tarjeta de Crédito, ordenando el emplazamiento de la demandada.

SEGUNDO.- Verificado el emplazamiento por el Servicio Común en fecha 18 de marzo de 2021, se recibió el escrito presentado por la Procuradora Dña. personándose y CONTESTANDO a la demanda en nombre de WINZINK BANK.

Por diligencia de 14 de julio de 2021 se tuvo a la demandada por comparecida y opuesta, convocando a las partes a la Audiencia Previa con señalamiento para el día 23/02/2022 a las 09:30 horas.

TERCERO.- Comparecidas las partes a la Audiencia Previa, al tiempo de ratificación de sus respectivos escritos se les requirió para la cuantificación de las condenas dinerarias derivadas de los efectos de la nulidad y aclaración sobre la

situación actual del contrato.

Ratificados los escritos de demanda y contestación, se admitió la prueba propuesta y siendo ésta documental, quedaron los autos conclusos para Sentencia, sin necesidad de convocar a las partes a juicio de conformidad con lo previsto en el art. 429.8º de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de la demanda de la que trae causa los presentes autos, en nombre de Dña. _____, se promueve la NULIDAD del contrato de tarjeta de crédito concertado con la entidad BARCLAYS (actualmente WIZINK BANK, S.A.) en virtud de la solicitud de tarjeta Barclaycard en fecha no determinada, interesando en el SUPPLICO de la demanda, se dicte Sentencia por la que DECLARE:

Con carácter principal, DECLARE la nulidad por usura de la relación contractual objeto de esta demanda y **CONDENE** a la demandada a que devuelva a mi mandante la cantidad pagada por este, por todos los conceptos, que haya excedido del total del capital efectivamente prestado o dispuesto, más los intereses que correspondan; así como al pago de las costas del pleito.

Subsidiariamente, DECLARE la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda y composición de los pagos, y a los costes y precio total del contrato de autos por no superar el doble filtro de transparencia; **DECLARE** la nulidad por abusividad de la cláusula y práctica que permite la modificación unilateral de las condiciones del contrato y **DECLARE** la nulidad de la cláusula contractual de comisión por reclamación de cuota impagada; ya consten en el contrato original o en las condiciones generales. Y, en consecuencia, **CONDENE** a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de la nulidad de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas, en concreto, a que devuelva a mi mandante todas las cantidades pagadas por este en virtud de las cláusulas impugnadas durante toda la vida del contrato, hasta el último pago realizado; más los intereses que correspondan; así como al pago de las costas del pleito.

SEGUNDO.- En cuanto a la *abusividad* de la cláusula de intereses remuneratorios pactada, la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU), ya la *STS de 2 de diciembre de 2014* señaló que, tanto dicha normativa como la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, Ley de Reprensión de la Usura, (LRU), pueden concurrir, incluso ser apreciadas de oficio".

En particular, la aplicación de la LRU trae causa de la Inmoralidad de los préstamos usurarios, y como consecuencia de esta especial gravedad la sanción aplicable es la nulidad del contrato por entero.

La *STS de 25 de noviembre de 2015* se planteó la cuestión del carácter usurario de un crédito *revolving* concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE y entendió aplicable la LRU a un supuesto de crédito al consumo ya que "Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta

bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: " [l]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido " .

Así 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"*.

La STS de 2 de diciembre de 2014 deja sentado que no pueden mezclarse las consecuencias jurídicas de unos y otros controles, y afirma que *"la noción de usura, estrictamente vinculada etimológicamente al ámbito de los intereses, se proyecta sobre la lesión patrimonial infligida, esto es, sobre los intereses remuneratorios y de demora"*. Determina dicha STS que debe Interpretarse conjuntamente el requisito objetivo (interés notablemente superior al normal del dinero) matizando *"ya respecto del interés remuneratorio, o al de demora, y en su caso, al nivel de los dos"*. Dicho lo anterior, la operación puede ser considerada usuraria si se cumplen los requisitos previstos en el primer párrafo del *art. 1 de la Ley de Represión de la Usura*, esto es: que exista *"un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso"*.

Los préstamos o créditos al consumo suelen tener un tipo de interés mucho más alto que los préstamos hipotecarios porque en los préstamos al consumo no existe la garantía de devolución que, en el caso de las hipotecas, recae sobre un bien, normalmente inmueble. La ausencia de la garantía de devolución, el riesgo que corre de recuperar el capital prestado es mayor y, por lo tanto, el interés que fija para este tipo de préstamos es más alto que el fijado normalmente para los préstamos hipotecarios. De ahí que el problema surja cuando el tipo de interés fijado para un préstamo al consumo sobrepase los límites de lo que se podría considerar razonable.

El *Tribunal Supremo en la meritada sentencia de fecha 25 de noviembre de 2015* determinó el concepto de interés remuneratorio usurario , considerando que, para que la operación " 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 se requiera 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 "*.

De este modo, señala dicha STS, 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. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado*

supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia. 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)".

Añade dicha jurisprudencia que <<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 (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.)>>.

En el supuesto objeto del recurso de casación de la STS de 25 de noviembre de 2015, se acreditó que el interés del 24,6% TAE superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, y el TS consideró que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha del otorgamiento permitía considerar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero.

Pero para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea "manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

Como señala con total claridad la STS de 25 de noviembre de 2015 " En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo".

Asimismo, advierte la tan meritada sentencia de 25 de noviembre de 2015 que, " Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal ".

Concluyendo que: "Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un Interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan

desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la 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 " .

Las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el *art. 3 de la Ley de Represión de la Usura*, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida. Si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

La controversia se centra en determinar si las consideraciones expuestas derivadas de los pronunciamientos del Tribunal Supremo siguen siendo de aplicación, a partir de la discriminación por parte del Banco de España en sus estadísticas, de los tipos aplicados a “tarjetas de crédito” que resultan mucho más altas que el tipo medio de los créditos al consumo.

Comparto los argumentos esgrimidos por la A. Provincial de Cantabria en sentencia de fecha 22 de julio de 2019 (Sec. 2ª) con cita de pronunciamiento de otros tribunales, al considerar que las estadísticas no desvirtúan la naturaleza de créditos al consumo que subyace en este tipo de tarjetas, siendo lo relevante para determinar si el interés es “notablemente superior al anual del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” no los tipos que vengán aplicando las entidades financieras sino los estándares habituales en la financiación de actos de consumo.

Así la mencionada sentencia razona:

“Con base en dicha sentencia del Tribunal Supremo esta Audiencia viene considerando que el parámetro a considerar a los efectos que nos ocupan no es sino el interés normal del dinero en las operaciones de crédito al consumo, salvo que se acrediten circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notable y desproporcionadamente superior al normal de tales operaciones de crédito, siempre que no sea la propia explicación que ya integra el razonamiento de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, y ello pese a que se disponga de estadísticas del Banco de España indicativas de los tipos de "tarjetas de crédito", dentro del apartado de los créditos al consumo, tipos que resultan mucho más altos que el tipo medio ponderado de estos últimos. En la sentencia de 12 de abril de 2018 este tribunal consideró que un interés del 17.9% no se podía considerar inhabitual en el mercado de las tarjetas de crédito, pero en las sentencias de 15 de mayo de 2018 y 10 de enero (Sección 4ª) y 20 y 25 de febrero de febrero de 2019 ya se aclaró con mayor precisión la cuestión y se sentó el criterio ahora expuesto, luego reiterado, por ejemplo, en sentencia de 20 de Marzo 2019. Como base de la decisión para determinar el criterio a tener en consideración para fijar el precio o interés normal del dinero, en concreto, si iba a ser el habitual en el mercado para dicho concreto producto o forma de financiación u otro distinto como sería el aplicable a los créditos al consumo a la financiación, se partió de

que " La STS de 25-11-2.015 se decantó por lo segundo, su criterio es el seguido por la sentencia recurrida y también por la AP de Oviedo (sentencias de fecha 7-10-2.016 , 7-4 y 23-5 2.017) y por otras muchas Audiencias (SAP Pontevedra, Sección 6ª, de fecha 27-10-2.016, Salamanca, Sección 1ª, de fecha 18-3-2.016 , Barcelona, Sección 14ª, de fecha 29-12-2.015 , Jaén, Sección 1ª, de fecha 17-2-2.016 Guipúzcoa, Sección 2ª, de fecha 15-2-2.016 , Madrid, Sección 20ª, de fecha 20-2-2.017 , Badajoz, Sección 3ª, de fecha 15- 2 - 2.017, Murcia, Sección 1ª, de fecha 24-10-2.016 y Lérida, Sección 2ª, de fecha 2-5-2.016); como más recientes pueden citarse la SAP de León Sección 2ª de 1 de marzo de 2018 o SAP de Madrid Sección 20 de 6 de marzo de 2018 .". " No se oculta a la Sala que la Circular del Banco de España 1/2010 de 27 de enero (BOE 5 de febrero) modifica la estadística de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras reguladas por la Circular del Banco de España 4/2002 de 25 de junio. Tampoco que tal modificación lo es para cumplir con las exigencias de remitir el Banco Central Europeo la estadísticas sobre tipos de interés cuyo contenido se vio afectado por la publicación del Reglamento (CE)290/2009 del Banco Central Europeo de 31 de marzo que a su vez modifica el Reglamento CE 63/2002 y que en definitiva supone una clara afectación de los datos del crédito al consumo hasta un año, que a partir de los datos de junio de 2010 deja de incluir las operaciones de crédito mediante tarjeta de crédito, para pasar a tener, éstas datos propios, los que se encuentran publicados con referencias desde el 2013, pero ha de reconocerse que tal modificación no afecta a la propia consideración estadística de la tarjeta de crédito como un crédito al consumo y que tampoco permite la modificación de las tablas correspondientes a las estadísticas anteriores, por lo que la utilización como parámetro de las relativas al año 2006 como efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo reiteradamente comentada permanece inalterada".

La discusión abierta en relación a la referencia que debe aplicarse al “interés normal del dinero” en el caso de los créditos revolving, para determinar si el interés remuneratorio es usurario, ha sido aclarado por el TS en su Sentencia de fecha 4 de Marzo de 2020.

En el fundamento cuarto de dicha resolución –y tras glosar en el fundamento precedente la doctrina establecida en la ST del pleno 698/2015 de 25 de Noviembre- se establece que:

“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 las 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 cuales el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impagos, etc.) pues estos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio”.

Deberá por tanto tomarse como índice de referencia el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

El Banco de España incluyó en su Boletín Estadístico en el capítulo 19.4 la información específica sobre los tipos de interés en créditos revolving (tarjetas de crédito y líneas de crédito), incluyendo ese apartado específico de los créditos al consumo de forma separada a partir de Marzo de 2017.

Así, la media del interés remuneratorio pactado que aparece en el apartado 19.4 de la información facilitada por el Banco de España, en este tipo de operaciones de crédito revolving para este tipo de producto financiero, es de un interés remuneratorio del 20,5% anual, aproximadamente, desde el año 2010 (donde se pueden extraer los datos) hasta la actualidad.

La tarjeta de autos se remonta al año 2000, a la vista de los movimientos facilitados por la demandada que no ha sido capaz de aportar la solicitud/contrato de la tarjeta de crédito, que con base a los extractos parciales, fue contratada con la entidad **BARCLAYS**

Desconociendo los términos del contrato, a los efectos de valorar el coste financiero, se toma como referencia los movimientos en los que figuran los tipos aplicables, oscilando éstos en función del uso (disposición en cajero, transferencia o promociones especiales) entre el 25,90% TIN con anotación a un coste efectivo (deberá entenderse TAE) del 29,20 %.

Estos tipos exceden en varios puntos los índices más altos de las “revolving” desde que existe publicación.

Siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, debe considerarse este índice usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero, sin que se haya justificado por el prestamista la concurrencia de circunstancias excepcionales que lo justifiquen.

Al respecto, procede resaltar las consideraciones que pone de relieve el Alto Tribunal:

- Que el tipo medio del que se parte en calidad de “interés normal del dinero” para la comparación es ya muy elevado, especialmente en relación a otras modalidades de préstamos al consumo.
- Que cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero» menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura.
- Que han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público a que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y

las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a interés y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor “cautivo”, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

Todo ello, supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como “interés normal del dinero” de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

TERCERO.- El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, establece que “[L]as 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”.

Y de manera análoga, el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone: “*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.*”

Sobre lo que haya de entenderse por cláusula “no negociada individualmente”, el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, aclara que “[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

A los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual “[E]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

El art. 4 de la citada Directiva concreta que “*el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.*”

El juez nacional debe examinar si causa un **desequilibrio importante** entre los derechos y obligaciones de las partes y cumple con las exigencias de la **buena fe**, en cuanto implican que el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, puede estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Sobre el control de abusividad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores y usuarios, la Directiva 93/13 de la CU, establece en su art 4 párrafo 2 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

El criterio mayoritario entre nuestras Audiencias Provinciales es el de que no cabe un control de abusividad de los intereses remuneratorios, ya que forman parte esencial del contrato. Su contenido quedaría fuera del control judicial de oficio, si bien pueden ser objeto de revisión por la vía de la inclusión y transparencia (art 5.5 de la Ley de Condiciones Generales y art 80 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2007 TRLGDCU)

El T.Supremo en ST de 18 de Junio de 2012 y 9 de Mayo de 2013, admite que “aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva 93, art 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y transparencia”

En resumen y con carácter general, no cabe por abusividad, entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato, y por tanto las cláusulas que regulan los intereses remuneratorios, al formar parte del precio, no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia.

Esa posibilidad conlleva un doble control de transparencia:

superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (art 5.5 y 7 de LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas y el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas, de manera completa al tiempo de celebrar el contrato, y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

superar (además del requisito de inclusión) la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato. Podrá considerarse abusiva la condición general, si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de como esa cláusula incide en el contrato. Resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para tomar la decisión al contratar con pleno conocimiento de causa, al

efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado.

Ofertar a través de la mera solicitud de una tarjeta, un crédito, cuando el consumidor en el anverso del documento que suscribe para solicitarla, sólo percibe la misma como un medio de pago, del que no tiene necesariamente que derivarse el cargo de intereses, cuando éstos sólo se describen en el condicionado general, de letra minúscula, sin resalte, en el reverso del documento, con una amplia variedad de tipos y supuestos (disposiciones en cajeros, ventas en determinados establecimientos..) en muchos casos sin indicación expresa al TAE equivalente a la financiación que se está asumiendo. NO SUPERA EL CONTROL DE TRANSPARENCIA en los términos expuestos, ni en cuanto al filtro de incorporación, ni al refuerzo del conocimiento pleno del alcance del objeto del contrato.

Así, se camufla la verdadera naturaleza del contrato (contrato de crédito), a través de la solicitud de un elemento de pago (tarjeta) que puede ser percibido por el consumidor como un mero instrumento comercial de fidelización, que confiere ventajas añadidas al usuario(descuentos, promociones, bonificaciones...); se atribuye un tratamiento impropiaamente secundario a la financiación implícita dentro del límite del crédito, respecto del que el consumidor se limita a marcar casillas sobre forma de pago (periodicidad de las cuotas e importe) y cantidad límite de disposición, sin la información suficiente del precio (TAE) que le supone la utilización de la tarjeta, para poder percibir en toda su amplitud la verdadera relevancia que el interés retributivo tiene en el objeto del contrato, al describirse en el reverso del documento, inmerso en una gran cantidad de cláusulas (algunas de carácter financiero y formulación matemática difícilmente comprensibles para el consumidor medio), que diluye la atención del consumidor y enmascara la percepción de que se trata de un elemento esencial definitorio del objeto principal del contrato, que le permitiera comparar otras fuentes de financiación a través de otros productos que se le ofertan en el mercado y que pudieren resultarle más beneficiosos para sus intereses y prácticas de consumo.

Se quiebra por tanto el principio general, no siendo necesario remitirse al control de la usura a través de la normativa correspondiente, para declarar la NULIDAD de los intereses remuneratorios , por la vía del control de la inclusión y de la transparencia (art 5 LCGC y 80 TRLGDCU), por desconocimiento del consumidor del alcance económico del contrato.

En el caso de autos, se desconoce qué información se facilitó al cliente, al ofertarle la tarjeta, refiriendo la actora en su demanda, que se la ofrecieron en el Centro Comercial La Vaguada por un comercial de Barclays sin que le entregaran copia alguna del contrato.

CUARTO.- EFECTOS.

Tanto se considere el préstamo USURARIO, como se declare la NULIDAD por falta de transparencia de las cláusulas financieras del contrato, los efectos derivados de la NULIDAD será la exclusiva obligación del titular de la tarjeta de devolver el importe de las cantidades de las que hubiera dispuesto a través de la tarjeta.

De los datos facilitados por la demandada, según el cuadro de movimientos del 17/02/2000 al 28/03/2021:

Se ha dispuesto de un total de 31.081,55 €.

Se han abonado la cantidad total de 64.202,92 €.

Se requirió a las partes para que aclararan y actualizaran la situación del contrato.

Por la demandada, obrando en su ámbito de disposición la fuente de la prueba no se ha actualizado los movimientos del contrato, ni ha sido capaz de aclarar cuál es la situación del contrato.

Por la actora se sostiene haber seguido abonando recibos, cuyos pagos tampoco justifica.

Los movimientos del histórico del contrato no han sido impugnados, ni se ha practicado prueba alguna que la contradiga.

La demanda fue presentada en Noviembre de 2020

Carece de lógica que quien postula la NULIDAD de la tarjeta, siga utilizándola y abonando recibos, y de hacerlo por estar domiciliados en cuenta, estaría en disposición de poder justificar su abono.

Competía a la entidad financiera por facilidad probatoria haber justificado las disposiciones de crédito actualizadas.

No se han probado otras disposiciones de capital a mayores de las reflejadas en el extracto aportado con la contestación.

Competía a la actora haber justificado pagos a mayores de los reconocidos por la entidad financiera.

No pueden diferirse a ejecución de Sentencia peticiones de condena dineraria cuando la liquidación a practicar no consistía en una pura operación aritmética cuyas bases puedan quedar establecidas en la propia Sentencia.

Aquí la fijación de la cantidad a reintegrar, vendrá determinada por las disposiciones y pagos realizados, lo que supone la práctica de prueba sobre tales hechos que no puede diferirse a ejecución sin quebrantar la prohibición sobre las Sentencias con reserva de liquidación que impone el art. 219 de la LEC.

Debió ser por tanto objeto de alegación y prueba la situación actual y el estado contable del contrato de autos; extremos que encontrándose al alcance de las partes y pese a las advertencias expresas han declinado probar, obrando en su ámbito de plena disposición.

Por consiguiente, la Sentencia se dicta conforme a los datos aportados sin que haya lugar a diferir a ejecución de Sentencia lo no acreditado en fase declarativa.

Las cantidades pagadas han de aplicarse íntegramente a la amortización del principal, por lo que se habría abonado en exceso sobre el capital dispuesto la cantidad de **33.121,37 €** (64.202,92 € menos 31.081,55 €).

QUINTO.- INTERESES Y COSTAS.

Las cantidades a restituir han sido fijadas en Sentencia.

La actora no las cuantificó al tiempo de interponer la demanda, pese a no limitarse a interesar un pronunciamiento declarativo reservándose la condena al pago de las cantidades que le correspondiera percibir a un pleito posterior (art. 219.3 de la LEC).

Por consiguiente, a falta de liquidación, los únicos intereses a abonar serán los previstos en caso de mora procesal en el art. 576 de la LEC.

En virtud del criterio de vencimiento objetivo recogido en el art. 394 de la LEC, procede imponer a la demandada condenada, las costas derivadas de esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey.

FALLO

Estimando la demanda formulada en nombre de **Dña.**
contra **WIZINK BANK, S.A.** (como sucesor de
BARCLAYS procede DECLARAR la **NULIDAD** del contrato de tarjeta de crédito
BARCLAYCARD por USURA, con la **CONDENA** de la demandada a WIZINK
BANK, S.A. a restituir al actor la cantidad de **33.121,37 €** con los intereses previstos en
el art. 576 de la LEC.

Se imponen a la demandada condenada las costas derivadas de esta instancia.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez