

Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 de Sant Feliu de Guíxols

Procediment ordinari 170/2020 J

Part demandant/executant:
Procurador/a:
Advocat/ada: MARIA LOURDES GALVÉ GARRIDO

Part demandada/executada: WIZINK BANK S.A.
Procurador/a:
Advocat/ada:

SENTÈNCIA NÚM. 142/2021

Jutge:

Sant Feliu De Guíxols, 26 de juliol de 2021

He vist les actuacions de judici ordinari registrades amb el número 170/2020, a instància de _____, representada per la procuradora dels tribunals _____, amb assistència tècnica de la lletrada Lourdes Galve Garrido; en el que compareixen com a demandada **WIZING BANK SA** representada per la procuradora dels tribunals Sra.

_____ i amb assistència tècnica del lletrat _____; dicto aquesta resolució atesos els següents

Antecedents de fet

Primer. La part actora va presentar demanda “ **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN EJERCICIO DE ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD POR USURA DE CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO SIN GARANTÍA INMOBILIARIA, ESTIPULADO EN CONDICIONES GENERALES DE LA**

CONTRATACIÓN, Y **NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**” de judici ordinari en exercici d’acció de nul·litat dels contractes de targeta de crèdit ; i subsidiària acció de nul·litat dels interessos remuneratoris ; en la què acumulava acció de reclamació de quantitat ; després de l’al·legació de fets i la fonamentació jurídica que va estimar de pertinent aplicació, que es donen per reproduïdes, va sol·licitar es tingués “ por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en el ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD POR USURA Y SUBSIDIARIAMENTE NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN del contrato de TARJETA DE CRÉDITO de fecha 30/03/2010 contra WIZINK BANK S.A., con NIF , y domicilio social en MADRID, (MADRID) para que comparezca y, previos los trámites pertinentes, dicte en su día Sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y:

DECLARE la nulidad por usura de la relación contractual objeto de autos y, *subsidiariamente, declare la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago/mora, y*

CONDENE a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes del contrato declarado nulo, *de la expulsión del contrato de las cláusulas abusivas impugnadas*, con devolución recíproca de tales efectos, más los intereses legales y procesales, y el pago de las costas del pleito. “

Segon. Admesa a tràmit la demanda i traslladada a la demandada, va presentar un escrit de contestació, en què després de l’exposició fàctica pertinent i la fonamentació jurídica que va estimar de pertinent aplicació, que es dona per reproduïda, va sol·licitar el dictat d’una sentència per la qual es desestimi la demanda, s’imposin les costes a la demandant.

Tercer. Mitjançant diligència d’ordenació les parts van ser convocades a l’audiència prèvia al judici. En la data fixada van comparèixer les parts i van manifestar la impossibilitat d’arribar a un acord. Van fixar els fets controvertits , i

després del seguiment de l'acte per a la resta de les seves finalitats, varen sol·licitar el dictat de sentència atesos els documents presentats. Després del tràmit de conclusions, les actuacions varen quedar vistes per el dictat de sentència.

Quart. En la tramitació del procediment s'han seguit les previsions legals.

Fonaments de dret

Primer. Manifesta la actora que “En fecha **30/03/2010**, un comercial de la entonces CITIBANK contactó telefónicamente con la Sra. y le ofreció la contratación de un contrato de Tarjeta VISA CEPESA PORQUE TU VUELVES”, comunicándole que tendría acceso a una línea de crédito con unos intereses muy bajos y que podría atender los pagos de la misma estableciendo cómodas cuotas a su elección.

mi mandante convino con la demandada sin negociación alguna, y de modo rápido y casi automático, un contrato de tarjeta de crédito que vino utilizando con normalidad desde 30/03/2010, aunque con la creencia de estar pagando unos intereses normales según mercado. “

La TAE aplicada és del 26,82%, mentre que segons manifesta la part actora amb aportació del document 9 de la demanda, en aquella data la TAE normal mitjana era pel que fa a les targetes de crèdit del 19,889%.

Exposa que “18. Las cláusulas del contrato no fueron negociadas, ni se explicó claramente ni con ejemplos al cliente el coste del contrato que estaba suscribiendo, contraviniendo el art. 7 apartado 2), art. 9 de la *Ley 22/2007, de 11*

de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.

19. No se entregó el contrato con antelación suficiente a la firma, ni después de la misma, ofreciendo plazo de reflexión o desistimiento al cliente.

20. La demandada nunca informó expresamente de la TAE de referencia, ni mostró al cliente su comparación con los tipos de interés oficiales publicados en ese momento.

21. La entidad no hizo un análisis que pusiera en relación la capacidad de pago de mi principal y el riesgo asumido mediante el preceptivo informe de riesgos de solvencia que establece el art. 14 de la *Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo*.

22. La entidad no ha venido remitiendo al cliente los extractos periódicos de los movimientos y cargos del contrato, ni ha informado de las variaciones del interés, ni el motivo de las comisiones aplicadas en su caso. “.

La demandada oposa que “ Con una TAE media del 24% en las estadísticas del Banco de España y en el mercado, no cabe estimar que un tipo de interés del 26,82% resulta notablemente superior al normal del dinero ni manifiestamente desproporcionado en atención a las circunstancias del caso, por lo que la acción de nulidad radical por usura debe decaer. “.

Nega que concorri manca de transparència pel que fa a la inclusió de les

restants clàusules , i també respecte de interessos remuneratoris .

Segon. La qüestió ha quedat reduïda a la controversia jurídica, doncs els documents presentats no s'han impugnat en la seva autenticitat i no s'ha practicat prova respecte la correcte informació que al·lega la demandada es va suministrar ;hem de tenir en compte que la demandant té la condició de consumidor en els contractes signats.

La SAP, Civil secció 2 del 08 de octubre de 2019 (ROJ: SAP GI 1536/2019 - ECLI:ES:APGI:2019:1536) revoca la desestimació de la demanda i condemna al demandat en els termes que peticona avui la part actora; que segueix la SAP, Civil secció 2 del 06 de juny de 2019 (ROJ: SAP GI 738/2019 - ECLI:ES:APGI:2019:738) amb cita de interlocutòria de la Secció Primera Audiència de Girona de 25 d'octubre de 2.016, o de la mateixa Secció Segona de la mateixa Audiència en les interlocutòries de 29 de setembre de 2.017 i de 27 de febrer de 2.018 i en la sentència de 28 de març de 2.019 .

Tercer. El nucli de l'assumpte , és en primer lloc, entendre que es el interès superior al del dinero . Ha estat resolt per la STS 149/2020, Civil secció 1, sentència del plè del Tribunal Suprem , de 4 de març de 2020 (ROJ: STS 600/2020 - ECLI:ES:TS:2020:600).

En la mateixa es confirma la sentència que havia declarat la nul·litat d'un contracte de crèdit revolving mitjançant ús de tarjeta per considerar usurari l'interès remuneratori , fixat inicialment en el 26,82% TAE i que s'havia situat en el 27,24% a la data de la presentació de la demanda . Encara que són admissibles els controls de incorporació y transparència,s'ha d'estar a la acció exercitada que és la de nul·litat del crèdit per usurari.

La referència del «interés normal del dinero» que ha de utilizar-se per determinar

si l'interés remuneratori és usurari ha de ser l'interés mitjà aplicable a la categoria a la que correspon la operació qüestionada , en aquest cas , el tipus mitjà aplicat a les operacions de crèdit mitjançant targetes de crèdit i revolving (+20%), segons el Banc d'Espanya.

Una diferència tan apreciable com la que concorre en aquest cas, en el que el tipus de interés supera en gran mesura el que es pren de referencia ha de considerarse notablemente superior al dit índex .

Per determinar el caràcter usurari s'han de tenir en compte a més les circumstàncies concorrents en aquest tipus d'operacions de crèdit, com són que es destinen a particulars sense accés a altres tipus de crèdits i les peculiaritats , gravoses, del denominat crèdit revolving.

L'ordenament no pot protegir la concessió irresponsable de crèdits al consum , a tipus d'interés molt superiors als normals per ser una pràctica que facilita el sobreendeutament

Quart. La STS citada raona que “ las tarjetas de pago aplazado y revolving son una categoría de crédito con autonomía y sustantividad propia dentro del crédito al consumo en general. Su singularidad determina que exista un mercado relevante para las tarjetas de crédito que tiene carácter diferenciado del resto de las modalidades de crédito al consumo. Desde el año 2017, el Banco de España publica datos estadísticos específicos del mercado de las tarjetas de crédito de pago aplazado y revolving que permiten identificar el interés normal del dinero en ese mercado específico y, en definitiva, el término de comparación relevante en el juicio de usura para poder realizar una comparación adecuada entre los tipos de interés.”

En el fonament de dret cinquè , exposa: “QUINTO.- Decisión del tribunal (III): la determinación de cuándo el interés de un crédito revolving es usurario por ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las

circunstancias del caso

1.- Aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario.

2.- El extremo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908, de Represión de la Usura, que resulta relevante para la cuestión objeto de este recurso establece:

«Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso [...]».

3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta revolving concedido a la demandante, que era del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de «interés normal del dinero» y el tipo de interés remuneratorio del crédito revolving objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

6.- El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. 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. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al 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 intereses 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.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- 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 de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

11.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado. “

Ens trobem davant un supòsit anàleg en que s'ha de pendre la mateixa decissió, doncs de la documental aportada no es pot extraure en perjudici del consumidor que se'l va informar degudament de les condicions pactades ; l'interés assoleix com ja he dit la xifra del 26,86 i no hi ha jurisprudència contradictòria.

Cinquè. Conseqüències Com exposa la Sap SAP, Civil secció 1 del 19 de novembre de 2020 (ROJ: SAP GI 1751/2020 - ECLI:ES:APGI:2020:1751)

“SEGUNDO.- Nulidad del contrato por infracción de lo dispuesto en la Ley de Usura.

El artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios establece:

" Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino".

Es decir que para determinar si el interés pactado es o no usurario habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros:

-el interés normal del dinero

-las circunstancias del caso

En la sentencia de esta misma Sala de 16 de octubre de 2019 (Rollo 263 de 2019) consideramos en un supuesto similar al presente, que no podía calificarse como usurario al no ser comparable con el interés medio del crédito al consumo por no ser operaciones similares por la distinta naturaleza y funcionamiento del crédito revolving respecto del préstamo para consumo justifica que las condiciones, incluido el interés remuneratorio sean distintas.

Sin embargo, tras la sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de marzo la Sala ha modificado el criterio.

La sentencia fijada establece cuál es la referencia que ha de utilizarse para determinar si el interés de un préstamo o crédito es notoriamente superior al interés normal del dinero en los siguientes términos:

"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 usuario, 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."

El Tribunal supremo en la Sentencia de 4 de marzo resolviendo sobre un supuesto casi idéntico al presente concluye que el interés remuneratorio establecido debe ser calificado como usurario con base en los siguientes argumentos:

"El tipo medio del que, en calidad de "interés normal del dinero", se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. 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. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de "interés normal del dinero" y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como "notablemente superior" a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al 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 intereses 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.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre , no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- 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 de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito."

Los argumentos expuestos son trasladables al presente supuesto en que el interés remuneratorio pactado es el 24,71% para compras y el 26,82% para disposiciones en efectivo, por lo que procede la declaración de nulidad por usurario del interés remuneratorio pactado.

TERCERO.- Consecuencias derivadas de la declaración de usura en relación con el tipo de interés remuneratorio pactado. Actos propios.

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 9 de octubre de 2020 (rollo 485/2020)

"El artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de

préstamos usurarios establece la nulidad de todo préstamo en que se estipule un interés usurario, y en el artículo 3.º se regulan las consecuencias derivadas de la declaración de usura:

"Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado".

El Tribunal Supremo ha qualificat aquesta nul·litat com " radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva" (STS de 14 de juliol de 2009). Así, queden exclosos imports que es corresponen amb interessos , comisions o altres despeses , d'acord al art. 3 de la Ley de Represión de la Usura

És una sanció per infracció de norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil), del que en deriva que no es pot oposar la doctrina dels actes propis.

Sentencia 654/2015 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre:

"Pero debe tenerse en cuenta que, tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (Sentencias de 11 de diciembre de 1986 , 7 de enero de 1993 , 3 de mayo de 1995 , 21 de enero y 26 de julio de 2000 , 1 de febrero y 21 de diciembre de 2002 y 16 de febrero de 2012 , entre otras muchas). Como recuerda la Sentencia 187/2015, de 7 de abril "[l]a jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7 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..... 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".

La llei estableix que "Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado".

Sisè . Es reclama la declaració de nul·litat per abusivitat ,de la clàusula que estableix una comisió de 30 euros , document 4 , foli 3 dels articles 80 i Art. 80 y concordants del Texto refundido de la LGDCyU. , amb cita de la STS número 566/2019 de 25 de octubre de 2019 .

Certament d'acord a la STS, Civil secció 1 del 25 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3315/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3315) , la clàusula ha de ser declarada nula , però declarada la nul·litat del contracte no pot subsistir de manera autònoma, el que fa que aquesta declaració no tingui efectes materials.

La citada STS exposa:"1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1255 CC y de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 473/2001, de 10 de mayo , y 869/2001, de 2 de octubre .

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, de manera resumida, que la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa supone eximir

de responsabilidad al deudor incumplidor por la producción de determinados daños (los originados por la reclamación) a la acreedora, y deja sin efecto un pacto libremente asumido.

Decisión de la Sala:

1.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única,

no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17 , Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13 , Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago,

puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU.

6.- La declaración de abusividad, al ser un efecto previsto en la Ley, no puede suponer infracción de los arts. 1101 y 1255 CC . Ni la interpretación que hace la Audiencia Provincial tampoco los infringe.

Respecto del art. 1255 CC , el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta.

En cuanto al art. 1101 CC , la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar.

7.- Y las sentencias de esta sala que se dicen infringidas, nada tienen que ver con el problema litigioso. La sentencia 473/2001, de 10 de mayo , trató sobre una cláusula penal en un contrato de arrendamiento de obra. Y la sentencia 869/2001, de 2 de octubre, sobre intereses usurarios. Por lo que difícilmente

podieron ser desconocidas o vulneradas por la Audiencia Provincial.

8.- Como consecuencia de todo ello, en los términos en que ha sido planteado, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1152 y 1153 CC , así como las sentencias de esta sala de 23 de octubre de 2006 y 26 de marzo y 10 de diciembre de 2009 .

2.- Al desarrollar el motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la comisión de reclamación de posiciones deudoras no retribuye un servicio, sino que constituye una penalidad por incumplimiento con función liquidatoria, ya que sustituye a los daños y perjuicios, y supone una garantía del cumplimiento de la obligación principal.

Decisión de la Sala:

1.- Las consideraciones que hace la parte recurrente sobre la naturaleza y funcionalidad de la cláusula penal en nuestro Derecho son correctas. El problema es que la comisión de reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal.

Conforme al art. 1152 CC , la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor pueda exigirlos además de la pena (sentencia 126/2017, de 24 de febrero). Por lo que puede tener una función resarcitoria del daño causado al acreedor por el incumplimiento, sustitutoria de la indemnización, o bien puramente punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio (sentencia 74/2018, de 14 de febrero).

2.- La comisión objeto del litigio utilizada por la entidad recurrente ni contiene un pacto de pre-liquidación de los daños y perjuicios, ni sustituye su indemnización, que vendrá constituida por el pago de los intereses moratorios pactados (que no sean abusivos). Y si tuviera una finalidad puramente punitiva, contravendría el art. 85.6 TRLCU, según declaramos en la sentencia 530/2016, de 13 septiembre

.

Como no parece que la entidad vaya a renunciar al cobro de los intereses moratorios por el abono de la comisión, en el mejor de los casos para la recurrente, si aceptáramos a efectos meramente dialécticos que la comisión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción".

El que he exposat obliga a estimar la demanda

Setè. Costes. Han de imposar-se a la demandada pel principi de venciment .

Procedéix el dictat de la següent

Decisió

Que estimo la demanda interposada per _____ contra **WIZINK BANK SA** ; en conseqüència declaro que el interés remuneratori imposat al consumidor en el contracte de targeta de data 30 de març de 2010 es usurari , el que determina la nul·litat del contracte d'acord a la Ley de Represión de la Usura de 23 de Juliol de 1.908; que la clàusula que imposa la comisió per impagament de 30 euros és nul·la per abusiva ; condemno **WIZINK BANK SA** a reintegrar a la actora totes les quantitats que excedeixin del capital prestat , tenint en compte totes les quantitats abonades per tots els conceptes per l'actor, segons es determini en execució de sentència ; interessos legals desde la data de la interposició de la demanda ; i els de l'article 576 Lec.

Amb imposició de costes a la demandada.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts, feu-los saber que no és ferma i que s'hi

pot interposar recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Girona, que s'haurà de presentar davant aquest Jutjat en el termini dels 20 dies següents a la seva notificació, conforme als articles 458, següents de la LEC. El recurrent haurà de dipositar al compte d'aquest Jutjat la quantitat que correspon per presentar el recurs.

Inseriu l'original al llibre de sentències.

Expediu un testimoniatge d'aquesta sentència per unir-lo a les actuacions.

Així ho mano i ho signo.