

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
SAN JAVIER**

SENTENCIA: 00010/2023

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000677 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. WIZINK BANK SAU

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 10/2023

En San Javier a 6 de febrero de 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. , Procurador de los Tribunales y de Dña. se presentó el día 29 de noviembre de 2021, demanda de juicio ordinario, contra la entidad WIZINK BANK, S.A., interesando:

"DECLARE la nulidad del contrato de autos por no superar el doble filtro de transparencia. Y, SUBSIDIARIAMENTE, declare la nulidad del contrato por usura. Y SUBSIDIARIAMENTE, declare la nulidad por abusividad de la cláusula de interés moratorio o penalización, y CONDENE a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes del contrato declarado nulo y de los efectos de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días, lo que verificó bajo la representación de la Procuradora D^a.

TERCERO.- Celebrada la preceptiva audiencia Previa en fecha 16 de enero de 2023, admitiéndose únicamente prueba documental, y tras las conclusiones por escrito de las partes quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora reclama de la demandada la declaración de nulidad por abusiva de la CLÁUSULA que establece el interés remuneratorio por falta de transparencia y subsidiariamente por usura.

Alega la parte demandada que ya se allanó a la pretensión ejercitada en sede de reclamación extrajudicial, que había ya pagado, realizando oferta de pago que la parte demandante no ha aceptado, alegando como cuestión controvertida principal la existencia o no de prescripción de la acción de restitución de las cantidades

Respecto de la existencia de pago, no es correcto que el mismo se haya verificado. Sí que es cierto que existió una oferta de pago y que fue rechazada por la parte actora, pero eso no significa que se haya abonado la cantidad que pudiera reclamarse, máxime si se tiene en cuenta que la consignación efectuada por la parte demandada, ha sido realizada con posterioridad a la demanda, como acredita el doc. 4 de la contestación a la demanda (acto 33 visor horus), denominado justificante de pago, pero no es un justificante de pago a la demandante, sino un ingreso efectuado en fecha 8 de febrero de 2022 en la cuenta del juzgado

La acción de declaración de nulidad por abusividad de una cláusula contractual no está sujeta a plazo de prescripción, como así se dispone en los art.s 19.4 de La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 y el art. 56 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007.

La controversia se plantea sobre las consecuencias de tal declaración de nulidad.

Sobre el dies a quo (o día inicial del cómputo del plazo de prescripción) existe una discusión en la doctrina jurídica y que es objeto de controversia en el presente pleito, ha resuelto ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante las preguntas formuladas por el Juzgado de 1ª Instancia nº 17

de Palma de Mallorca y del Juzgado de 1ª. Instancia e Instrucción de Ceuta, en tal sentencia de 16 de julio de 2020 que: "el art. 6, apartado 1, y el art. 7 de la directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva, quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comience a correr, ni su duración hagan imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

A este respecto debe traerse a colación el Auto del Pleno de la Sala de lo Civil de 22 de julio de 2021, de nuestro Tribunal Supremo, en el que plantea una cuestión prejudicial frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre algunas cuestiones relativas a la posible prescripción de las acciones resarcitorias derivadas de la declaración de invalidez de las cláusulas donde radican. A su criterio, "resulta controvertido y relevante determinar cuándo comienza el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula abusiva", con lo que nuestro Alto Tribunal implícitamente está reconociendo esa dualidad entre la acción declarativa y la restitutoria y que ésta sí que estaría sujeta a plazo de prescripción, habiendo ya resuelto tal cuestión sobre la dualidad de ellos plazos de prescripción de una u otra acción en su sentencia 747/2010, no siendo procedente plantear la excepción de prejudicialidad civil europea, en este momento procesal, estando el pleito pendiente para sentencia y sin que se haya solicitado ni planteado a las partes ni hayan tenido oportunidad de hacer alegaciones a tal respecto.

Respecto del plazo de prescripción, alega la parte demandada que el mismo debe ser de 5 años, con arreglo al art. 1.964.2 del Código Civil.

Tal plazo anteriormente era de 15 años resultando el artículo reformado por la Disposición Final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, cuya disposición transitoria quinta, expone que: "El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil", estableciendo tal art. 1.939 C.C. que: "La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto

en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.

En consecuencia para determinar el plazo de prescripción habrá de tomarse en cuenta, en qué momento ha nacido la acción, antes o después de la reforma de 2015, para aplicar el plazo de 15 o de 5 años.

La prescripción de las acciones comienza desde el día en que pudieron ejercitarse, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.969 C.C., que recoge la doctrina de la *actio nata* o del nacimiento de la acción, siendo interpretada tal disposición legal en el sentido de que pueden ejercitarse desde que se tiene un conocimiento completo del daño, debiendo decir que nuestro Tribunal Supremo, al plantear la cuestión prejudicial por auto de fecha 22 de julio de 2021, ya expone, en su fundamento de derecho quinto, apartados 2 y 3, que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya interpretación de las normas vincula a este juzgador con arreglo al art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede interpretarse tal disposición legal en el sentido de que el plazo de prescripción comience a transcurrir el día en que se produce la aceptación de la oferta del préstamo, ni el día en que se produce el pago indebido de cantidades, (STJUE de 22 de abril de 2021, caso Profi Credit Slovakia , C-485/19 , apartados 51- 52, 60-66), ni el día del cumplimiento íntegro del contrato, reduciendo las opciones sobre el día inicial del cómputo de la acción de restitución nuestro Tribunal Supremo a dos: bien el momento en que se declare la nulidad de la cláusula en cuya virtud se produjo el pago indebido, bien al momento en que “Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato”.

Ambos sistemas plantean problemas, que ya expone el citado Auto, sin embargo, a entender de este juzgador en este caso debe ser acogida la primera opción.

Ello es así porque a diferencia del caso de los gastos hipotecarios, y en el que sí que existió una sentencia cuya repercusión pudo alcanzar a un consumidor media, concretamente la sentencia nº 705/2015 de 23 de diciembre de 2015 de nuestro

Tribunal Supremo, no ha existido en el caso de los intereses usurarios en el ámbito de las tarjetas revolving, una sentencia con la suficiente repercusión mediática que pudiera ser conocida por un consumidor medio y que llevara a entender que pudo ejercitar la acción desde ese momento, por lo que en este caso parece más adecuada la primera opción referida por el Tribunal Supremo para el cómputo de la prescripción en cuyo caso la acción ejercitada, tanto por plazo como por día de inicio del plazo de prescripción, no estaría prescrita debiendo desestimar la alegación de prescripción planteada por la parte demandada.

La última cuestión controvertida se refiere al abuso de derecho y la buena fe dada la presentación de la demanda contraria al acuerdo alcanzado por las partes. Sin embargo el documento 2 de la contestación a la demanda no es un acuerdo, sino una propuesta de acuerdo como así lo denomina la propia parte demandada, resultando que tal propuesta no consta firmada ni por tanto aceptada por la parte demandante, siendo una mera negociación que no ha sido aceptada y por tanto no supone mala fe ni abuso de derecho que no se acepte por la demandante la propuesta indemnizatoria planteada por la parte demandada, con lo que debe desestimarse tal alegación.

En consecuencia, no existiendo otras cuestiones controvertidas, y desestimándose las excepciones planteadas por la parte demandada debe ser estimada totalmente la demanda, con arreglo a la legislación y jurisprudencia anteriormente expuestos.

SEGUNDO.- En armonía con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación total de la demanda se imponen las costas del proceso a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Estimando totalmente la demanda presentada por D.
, Procurador de los Tribunales y de Dña.

, contra la entidad WIZINK BANK,
S.A.,:

SE DECLARA la nulidad del contrato de autos por usura y se CONDENA a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes del contrato declarado nulo y de los efectos de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales.

Las costas del procedimiento se imponen a la parte demandada.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, D.
, Juez del Juzgado de Primera Instancia e
Instrucción N° 2 de San Javier.