

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

SENTENCIA: 00067/2023

PLAZA DE LA IGLESIA, N° 1 - BAJO

Teléfono: 969300267, Fax: 969300902

Correo electrónico: mixto2.sanclemente@justicia.es

Equipo/usuario: EQ1

Modelo: N04390

N.I.G.: 16190 41 1 2022 0000334

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000153 /2022

Procedimiento origen: /

Sobre RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. SUSANA ANDRES OLMEDA

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. WIZINK BANK SA

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS GOMEZ MOLINS

Abogado/a Sr/a. DAVID CASTILLEJO RIO

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de San Clemente

SENTENCIA nº 67 /2023

En San Clemente, a 31 de julio de 2023.

D^a Marta Muñoz Rodríguez, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario número 153/2022, promovidos por [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Susana Andrés Olmeda, y asistida del Letrado D. Juan Carlos Galvañ Barceló, colegiado nº2631 del Iltre. Colegio de Abogados de Albacete, contra la entidad WIZINK BANK S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Jesús Gómez Molins y asistida del Letrado D. David Castillejo Río, colegiado nº92955 ICAM sobre nulidad contractual por usura y, subsidiariamente, nulidad de condición general de la contratación, así como acción de restitución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 29 de abril de 2022 la parte actora presentó demanda de juicio ordinario frente a la parte demandada. Indicaba la parte actora, en síntesis, que:

En fecha 1 de diciembre de 2012, se concertó un contrato de tarjeta de crédito revolving entre la entidad demandada y la demandante. Que el contrato imponía una TAE del 26,82% mientras que el TAE promedio de las tarjetas de crédito y tarjetas revolving se fijaron en un TAE de 20,9%.

También manifestaba que no se han cumplido los deberes de información y transparencia, y que resultarían también abusivas por ello las cláusulas de interés remuneratorio, así como que igualmente sería abusiva la cláusula de comisión por impago de cuota.

Por todo lo anterior, tras alegar los restantes hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicaba al juzgado una sentencia por la que:

“- Declare la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito “revolving” objeto del presente procedimiento.

- Condene a la demandada a la devolución de las cantidades abonadas por mi mandante que excedan del capital dispuesto, en caso de existir, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de pago de cada una de las cantidades abonadas, lo que se determinará en ejecución de Sentencia.

- Declare la nulidad por abusiva de la estipulación relativa a la comisión por reclamación de posición deudora, condenando a la demandada a la restitución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la misma, en su caso.

Y, subsidiariamente,

- Declare la nulidad por abusiva de la cláusula que regula el interés remuneratorio, condenando a la demandada a restituir las cantidades abonadas en virtud de la misma, más los intereses legales correspondientes.

- Declare la nulidad de la estipulación relativa a la comisión por reclamación de posición deudora, condenando a la demandada a la restitución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la misma, en su caso.

Y en ambos casos con expresa imposición de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Fue admitida a trámite la demanda por decreto de 29 de julio de 2022, por el que se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar en el plazo de veinte días.

TERCERO.- En fecha 21 de noviembre de 2022, se presentó escrito de contestación por la demandada en la que, en síntesis, se oponía a lo formulado de contrario y, además, formulaba la excepción de prescripción de la acción restitutoria.

Expuestos los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó por suplicar que se dictase sentencia por la que: *“se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora”.*

CUARTO.- El día 24 de mayo de 2023 tuvo lugar por la audiencia previa a la que comparecieron los letrados y los procuradores de las partes.

Confirmada la subsistencia del litigio, por la parte actora se formularon alegaciones a la excepción de prescripción planteada de contrario. Desestimada la excepción, las partes propusieron prueba.

Por la parte actora, se propuso como prueba la documental acompañada con el escrito de demanda. Por la demandada se propuso igualmente la documental acompañada con el escrito de contestación, para tenerla por reproducida.

Dado que la única prueba propuesta y admitida fue la documental, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del juicio y de la controversia

Nos hallamos ante un juicio declarativo ordinario en el que se discute la procedencia de una acción de nulidad por usura de un contrato de tarjeta de crédito revolving, suscrito entre las partes, con las consiguientes restituciones entre estas. Subsidiariamente, se ejercita la acción de nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios por falta de transparencia, así como la nulidad de la cláusula relativa a comisiones.

Por la demandada se planteó también la excepción de prescripción de la acción restitutoria.

SEGUNDO.- Acción de nulidad por usura.

En primer lugar, antes de entrar al fondo del asunto, es preciso resaltar que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de contrato de préstamo suscrito entre un empresario y un consumidor o usuario. Así pues, esta condición no ha sido negada por la parte actora, y cabe considerar que la persona del demandado se halla incluido en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Este precepto es el que define lo que ha de considerarse por consumidor, al establecer en su apartado primero: “1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

El hecho de que se trate de un contrato con un consumidor o usuario hace necesario un control, incluso de oficio, de la posible abusividad de las cláusulas, tal como ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias como la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre o la sentencia 107/2020 de 23 de enero, al señalar que “2. La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite [...].

3.- La cuestión, por tanto, no es si el juez puede o no declarar de oficio la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, o si lo puede hacer

también en un juicio declarativo ordinario, sino cuál debe ser la naturaleza y alcance de tal actuación.

4.- La apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial pero solo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes.

5.- Si para estimar la pretensión formulada por el empresario o profesional contra un consumidor, o determinar el alcance de tal estimación, ha de aplicarse una cláusula no negociada, el tribunal habrá de valorar y, en su caso, apreciar de oficio la abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula incluso en el caso de que el consumidor no haya alegado tal abusividad”.

En el presente caso, se ejercita en primer lugar, con carácter principal, la acción de nulidad por usura de los intereses remuneratorios del contrato de préstamo suscrito entre las partes. Así las cosas, efectivamente la demandante suscribió en fecha 1 de diciembre de 2012 un contrato de tarjeta de crédito al consumo, denominada “tarjeta de crédito Citi” (documento nº1 de la demanda). Este contrato se sitúa en la modalidad de las denominadas tarjetas o créditos revolving. En el mismo, se fija un interés remuneratorio con un tipo del 26,82% TAE, lo que considera la actora que es un interés abusivo, y que determinaría la nulidad del contrato por usura.

Por su parte, la entidad demandada considera que los intereses no son abusivos ni resultan desproporcionados, de acuerdo con el rango de precios existente en el mercado en el momento de la suscripción del contrato.

Para resolver la cuestión planteada, procede traer a colación, en primer lugar, la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuyo artículo 1 dispone que: “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, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre el criterio que ha de seguirse para el análisis de la usura en este tipo de contratos revolving. Así, es de destacar la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 258/2023 de 21 de febrero, en la que parte de la tesis seguida hasta el momento, pero fijando como nuevo criterio que para este tipo de créditos habrá usura si la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido es superior a 6 puntos porcentuales. Además, hace referencia al modo en el que ha de realizarse la comparativa que, hasta el momento, se ha venido haciendo a través de los índices marcados por las tablas publicadas por el Banco de España, en la que se hace referencia al

TEDR. Por ello, fija ahora el Tribunal la necesidad de que, para hacer adecuadamente la comparativa entre la TAE fijada por el contrato en cuestión y la TEDR, es preciso incorporar este último índice las comisiones, por lo que sería algo superior (entre 20 y 30 centésimas). Efectivamente, señala la citada Sentencia:

“1. Lo que se plantea ahora tiene que ver precisamente con la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito revolving en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito revolving.

A la vista de la jurisprudencia mencionada está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad revolving del año 2004 ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE, que en este caso no hay duda de que era del 23,9%. Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.

2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.

Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea "notablemente". El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE.

3. Respecto de los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como declaramos en la sentencia más reciente 643/2022, de 4 de octubre, en que se cuestionaba un interés del 20,9% TAE, en un contrato de 2001, "es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving".

Con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010. Según el boletín estadístico el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32. Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos). Por lo que podemos partir de forma orientativa del índice de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE.

4. Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero.

La ley española no establece ninguna norma al respecto. El art. 1 de la Ley de Usura, al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado ("notablemente"), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.

Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.

Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.

Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.

En la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, razonó que la TAE del contrato (24,6%) era superior al doble del tipo medio de referencia. Lo anterior no significa que el umbral de lo usurario estuviera fijado en todo caso en el doble del interés medio de referencia. De hecho en la posterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo, la TAE del contrato era 26,82% y el tipo medio de referencia algo superior al 20% anual, y sin llegar ni mucho menos al doble del tipo de referencia, se declaró usurario en atención a la diferencia de puntos porcentuales, más de seis, que se consideró muy relevante. La sentencia, concedora del precedente, justifica por qué no se podía seguir el mismo criterio del doble del interés normal de mercado:

"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%".

Y, al mismo tiempo, estima muy relevante la diferencia entre el interés convenido y el tipo medio de mercado, superior a 6 puntos:

"(...) 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".

En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.

5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20%, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación".

De acuerdo con este nuevo criterio, habría que partir del índice indicado en la tabla 19.4.7 del Banco de España, que para enero de 2012 y el tipo de contrato (revolving) ante el que nos encontramos, fija un tipo de interés del 20,90%. A este índice habría de sumarle un 0,3%, por lo que resultaría un 21,20%. Por lo que se refiere al interés remuneratorio aplicado en el contrato, este señala un 26,82% TAE. Por tanto, la diferencia entre ambos tipos de interés no supera, y ni si quiera alcanza los 6 puntos, por lo que, de acuerdo con el criterio fijado por el Tribunal Supremo, no podría considerarse usurario. Tampoco podría considerarse abusivo si aplicásemos como aumento el 0,2%, puesto que existiría una diferencia de 5,72 puntos, sin alcanzar, nuevamente, los 6 puntos exigidos ahora por la doctrina para calificar los intereses como usurarios.

En consecuencia, no procede declarar la nulidad del contrato por usura de los intereses remuneratorios, debiendo desestimarse esta cuestión principal. Procede, por tanto, entrar a examinar la nulidad de las cláusulas relativas a intereses remuneratorios y comisiones planteada con carácter subsidiario.

TERCERO.- Nulidad de las condiciones generales. Control de incorporación y transparencia.

Con carácter subsidiario, plantea la actora la nulidad de las condiciones generales del contrato referidas a los intereses remuneratorios y las comisiones por impago. Señala la parte demandante que, por lo que se refiere a la cláusula relativa a los intereses remuneratorios, no supera el control de incorporación tanto por el tamaño y ubicación como por el enmascaramiento dentro de una amplia reglamentación que no distingue ni resalta los

distintos aspectos de las condiciones. Añade que se excluye en el lugar en que se firma cualquier consideración acerca de los intereses y costes reales del contrato.

Se alega también por la demandante la falta de información, de modo que un consumidor medio no es capaz de conocer el alcance del producto en cuestión (tarjetas revolving).

En este punto, la jurisprudencia ha venido a resaltar la existencia de un doble control, de incorporación y de transparencia. Así, sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo 433/2019 de 17 de julio señalan que: “mediante el control de incorporación se intenta, pues, comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente (SSTS 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero). Es por ello que, en el caso litigioso enjuiciado por la

precitada sentencia 314/2018 , se consideró que la condición general impugnada se había incorporado correctamente al clausulado contractual, “[...] porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado "Tipo de interés aplicable", en un apartado propio, en el que los límites a la variabilidad del tipo de interés se resaltan en letra negrita. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC”.

Ahora bien, en la contratación con consumidores, junto a dicho control de incorporación, es necesario que la condición general impugnada supere el control adicional de contenido, que hemos llamado material o de transparencia reforzada, el cual, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, no puede ser reconducido al mero control de la incorporación de la cláusula predispuesta, sino que implica adquirir el conocimiento real de los compromisos económicos y jurídicos efectivamente asumidos, lo que exige una adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría convencional, que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere la comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores(SSTS 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio y 209/2019, de 5 de abril). No basta pues con la simple claridad gramatical (STS 483/2018)”.

De acuerdo con lo anterior, es de advertir que la copia presentada por la parte actora es de difícil lectura, debido al tamaño de la letra. Además, si bien es cierto que puede facilitarse su lectura aumentando el tamaño de la letra, como bien ha destacado la doctrina, el hecho de que el contrato pueda llegar a ser legible no implica necesariamente la superación de este control, pues como ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencias como la Sentencia 215/2018, de 11 de abril: "los argumentos en que la Audiencia Provincial basa su decisión, relativos a que, al encontrarse la cláusula suelo en un apartado individualizado del contrato, estar su rúbrica resaltada en negrita y aparecer destacada la expresión numérica del límite de variabilidad, la impresión general de la cláusula aparece revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual, servirían en todo caso para considerar superado el control de incorporación de la cláusula suelo, pero no el control de transparencia ”.

Efectivamente, sentencias como las referidas, y otras como las SSTS 727/2018, 20 de diciembre ; 9/2019, de 11 de enero ; 93/2019, de 14 de febrero ; 128/2019, de 4 de marzo ; 188/2019, de 27 de marzo ; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo , las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), entienden que: "[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

En el presente caso, como decimos, es posible la lectura del contrato. Sin embargo, es difícil la comprensión de este, o el conocimiento de cuáles son las condiciones a aplicar, sobre todo en lo relativo a los intereses, toda vez que ni si quiera en la primera página del contrato, en la que se resume el contenido y condiciones del mismo, se hace referencia a estos, de modo que la única manera que tiene el consumidor en este caso de conocer cuáles son los intereses aplicables es acudir al último párrafo de la última página, donde aparece como "ANEXO", sin explicación alguna, el tipo nominal aplicable y las comisiones que podrían devengarse. Así, no existe ninguna cláusula debidamente señalada y diferenciada en la que se especifiquen de modo claro los intereses, pues estos se incluyen en la cláusula novena rubricada como "modalidades de pago", resultando verdaderamente difícil la lectura y comprensión de los mismos. A esto cabe sumar que, si bien las cláusulas aparecen numeradas y en negrita, debido al formato utilizado en este caso, apenas destacan dichas cláusulas, resultando aún más difícil ubicarlas.

Por todo lo expuesto, entiende esta juzgadora que el contrato no supera los controles de incorporación y transparencia, por lo que procede declarar la nulidad de la cláusula general relativa a los intereses remuneratorios por dicho motivo. En consecuencia, procede la estimación de dicha pretensión subsidiaria.

QUINTO.- Cláusula de comisión por impago.

Se hace referencia también a la nulidad, por abusiva, de la cláusula referida a la comisión por impago. Alega la demandante que se trata de un automatismo y que se cobra con independencia de que la entidad realice una llamada, remita un correo, o no realice nada.

Concretamente, en el Anexo de las condiciones del contrato se recoge una "comisión de reclamación" 35 euros, sin especificar nada al respecto. Tampoco se especifica ni se señala nada al respecto de esta cláusula en el punto 12, rubricado "*qué ocurre si se produce un*

impago”. Y ello por cuanto en esta cláusula se dispone únicamente, en relación con esta comisión, que: “*El Banco podrá cobrar la comisión de reclamación de cuota impagada*”.

En este punto cabe recordar que no sólo la normativa bancaria sino también la jurisprudencia ha mantenido la validez de este tipo de comisiones siempre que se acredite por la entidad que responde a servicios efectivamente prestados por la misma, pero no en aquellos casos en que dichas “sanciones” no responden a un servicio que haya prestado o tenga que prestar el Banco y que por ello pueda cobrar.

Así lo ha declarado efectivamente nuestro Tribunal Supremo, que en la Sentencia núm. 566/2019 de 25 de octubre de 2019, dispone que: “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.

En este caso, es evidente que el propio contrato contempla la comisión de modo automático, pues esta “cláusula” no modula en modo alguno su aplicación, como tampoco señala los supuestos gastos a los que se haría frente con dicha comisión, limitándose a permitir al banco el cobro de esta comisión en caso de impago.

Es por esto que, aun cuando de la documentación aportada no se aprecia el devengo de la comisión, ha de declararse como una cláusula nula.

CUARTO.- Prescripción de la acción de restitución.

Declarada la nulidad de las cláusulas anteriores, esta despliega sus consecuencias, que son, entre otras, las restituciones recíprocas de las cantidades indebidamente entregadas o percibidas. En este punto, alega la parte demandada la prescripción de la acción restitutoria, por haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 1964 del Código Civil, y considerando que la acción de restitución no ha de ser inherente a la declaración de nulidad.

Frente a las alegaciones de prescripción sostiene la parte actora que la restitución es una consecuencia de la declaración de nulidad, por lo que declarada esta, procedería la restitución, siendo este el plazo que habría que contar.

Pues bien, en primer lugar, cabe traer a colación el artículo 1964.2 del Código Civil, sobre el plazo de prescripción aplicable. Dispone el mencionado precepto que: “2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”. Por su parte, el artículo 1969 del Código Civil se refiere al cómputo de estos plazos, al disponer que: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el plazo al que se refiere actualmente el artículo 1964 del Código Civil entró en vigor en 2015, y, sin embargo, el préstamo objeto del

presente pleito data de 2012. Es por ello que habrá de atender a las normas de Derecho Transitorio en este aspecto, que supone la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.393 CC. Así ha sido declarado por distintos Tribunales y Audiencias, que también se han referido al inicio del cómputo de los plazos de prescripción. En este sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia 181/2021 de 18 May. 2021, Rec. 92/2021. En ella, señala la Audiencia que: “El artículo 1964 del Código civil fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero (Disposición Final Primera), estableciendo la actual redacción de su apartado 2 lo siguiente: Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda extinguirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Ha de tenerse en cuenta que el contrato de que se trata, y la actuación denunciada, datan de fecha muy anterior a la entrada en vigor de esta Ley, que tuvo lugar el 7 de octubre de 2015. En tal sentido, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Quinta de la misma establece el régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes en tal fecha en los siguientes términos: 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 1393 del Código Civil.

Este último precepto a su vez establece lo siguiente: 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.

Puestas en relación todas estas disposiciones, la conclusión debe ser contraria a la que recoge la sentencia de instancia, debiendo concluirse que, en el momento de interponerse la demanda no se había producido la prescripción de la acción personal ejercitada.

Así, la demanda se interpuso el 19 de diciembre de 2017 (inicialmente ante los Juzgados de Albacete) según indica el recurrente, aunque no consta en autos por haberse inhibido dicho juzgado sin que del expediente se desprenda cuándo fue presentada, si bien en todo caso está fechada el 1 de septiembre de 2017. Tomando en consideración cualquiera de estas dos fechas, es evidente que en ese momento no habían transcurrido los cinco años que establece el actual artículo 1964 (vigente desde el 7 de octubre de 2015), sino escasamente dos años, por lo que era de aplicación la redacción anterior del precepto, y por tanto, el plazo de quince años, que, tampoco había transcurrido, pues, tomando el primer incumplimiento, que era el momento a partir del cual habría podido hacerse la reclamación, acaecido el 31 de enero de 2004 al 30 de junio de 2004, a la fecha de interposición de la demanda, no habían transcurrido quince años”.

Por otra parte, y en cuanto al cómputo de los plazos de prescripción, procede hacer especial referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, núm. 226/2021 de 30 de junio 2021, Rec. 24/2021. De acuerdo con ella: “Este Tribunal se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones y así en la reciente sentencia nº 150/2021 (Recurso 500/2020) hemos señalado:

"Sobre esta cuestión y en casos similares se ha pronunciado este Tribunal ya en resoluciones anteriores, en concreto en la muy reciente Sentencia de 23 de marzo de 2021, recurso número 476/2020 y en Sentencia de 19 de enero de 2021, recurso número 344/2020, rechazando la excepción de prescripción por transcurso del plazo previsto en el artículo 1964 del Código civil y ello por entender que, aun cuando se aplicara un plazo de prescripción, como pretende el apelante, el mismo no empezaría a computarse desde la fecha del abono de los gastos por el prestatario a los terceros, sino desde la declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva, y así entendido el cómputo y el "dies a quo", ningún plazo había transcurrido al interponerse la demanda. En apoyo de este argumento citábamos una serie de resoluciones de distintos Tribunales, en concreto las siguientes:

A. La Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12 de febrero de 2021, recurso 812/2020, cuyo criterio compartimos, y que señala lo siguiente: "[...]1.- A propósito de la prescripción se ha pronunciado este tribunal en sus sentencias 433/2020 de 20 de julio y 511/2020 de 30 de julio, dictadas con posterioridad a las sentencias del TJUE de 9 de julio de 2020 (C- 698/18 y C-699/18) y de 16 de julio de 2020 (C-224/19), que han introducido criterios jurisprudenciales en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales en relación con la prescripción de las acciones ejercitadas para solicitar la restitución de efectos derivados de la nulidad de cláusulas abusivas.

2.- Decimos en nuestra sentencia 433/2020 que la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. La tesis que diferencia la declaración de nulidad respecto de la acción de remoción de los efectos de la nulidad a la que se aplicaría un plazo de prescripción, encuentra apoyo en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales y podría ser defendible por razones de seguridad jurídica. Recibe además respaldo en las recientes Sentencias del TJUE de 9 y 16 de julio de 2020, que como indicamos en la referida sentencia 511/2020, admiten la posibilidad de aplicar un plazo de prescripción a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva. Ahora bien, el TJUE no resuelve sobre cuestiones de Derecho interno y por ello se remite al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro en relación con el régimen de prescripción de acciones; se limita a aplicar el principio de efectividad y el de equivalencia como parámetros interpretativos para garantizar que el consumidor pueda hacer valer sus derechos y de ejercitar las acciones que procedan para protegerlos.

Por esa razón las sentencias del TJUE no establecen criterios positivos sobre el régimen jurídico de la prescripción sino criterios negativos, indicando cuándo el régimen jurídico aplicable sería contrario a los principios de efectividad y equivalencia.

3.- El Tribunal Supremo, en las sentencias de Pleno del año 2019, de 23 de enero, considera que el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable y que la acción de restitución debe asemejarse a la del enriquecimiento injusto. "Su fundamento es análogo al cobro de lo indebido o al enriquecimiento injusto" dice la Sentencia 47/2019 en el recurso 4912/2017 (ROJ: STS 103/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:103). Esta afirmación se hace en un determinado contexto y permite extraer diversas consecuencias, y no necesariamente la prescriptibilidad de la acción, decisión que no es explícita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la fecha.

4.- La acción de nulidad no está sometida a plazo de caducidad ni de prescripción alguno, por lo que este Tribunal ha rechazado hasta la fecha la aplicación de un plazo de prescripción a la restitución de efectos derivados de la declaración de nulidad sobre el que no existe precepto legal expreso en el ordenamiento interno y tampoco se ha fijado un criterio jurisprudencial claro.

5.- El TJUE ha declarado que la fijación de plazos razonables para recurrir es compatible con el Derecho de la Unión (STJUE de 6 de octubre de 2009 o de 21 de diciembre de 2016). La Sentencia del TJUE del 9 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C 698/18 y C 699/18, se pronuncia en el sentido de que es compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad). Pero añade cautelas en cuanto al inicio del plazo de prescripción en relación con el conocimiento que el consumidor pueda tener del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

6.- Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 16 de julio de 2020 en las peticiones acumuladas de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº. 17 de Palma de Mallorca (C 224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C 259/19), dice que: "El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, 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 la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que "ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

7.- En concreto esta última Sentencia del TJUE se refiere a la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en cuanto puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

8.- En definitiva, la prescripción de la acción de restitución en este caso debe ser rechazada. Aunque se aplicara un plazo de prescripción el mismo no podría empezar a contar desde la fecha del abono de los gastos, sino desde el momento en que puede presumirse el conocimiento del consumidor del carácter abusivo de la cláusula de gastos que bien podría estar relacionado con la declaración judicial de la nulidad de la cláusula abusiva. Esta consideración, junto con la inexistencia de normativa interna que fije un plazo concreto de prescripción en estos supuestos y la falta de jurisprudencia expresa obliga a este Tribunal a mantener el criterio aplicado hasta la fecha, lo que determina que desestimemos el recurso interpuesto [...]" (En el mismo sentido, Sentencia 187/2022 de 21 Jun. 2022, Rec. 45/2022).

En consecuencia, no puede aceptarse la excepción de prescripción planteada por la demandada, por cuanto, aun fijando un plazo de prescripción, y aun siendo el aplicable el que resulta de la jurisprudencia antes señalada, el cómputo de la prescripción comenzaría desde el momento en que se pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, y este momento no puede ser otro que aquel en que se declara la abusividad de la misma, esto es, la fecha de esta sentencia. Por tanto, no habría transcurrido el plazo de prescripción.

De conformidad con lo expuesto, procede la desestimación de la excepción de prescripción alegada. Esto supone que ha de reconocerse la restitución de las cantidades que indebidamente hayan sido entregadas o recibidas por las partes, debiendo determinarse dichas cantidades en la fase de ejecución de sentencia.

QUINTO.- Intereses.

De acuerdo con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”.

Por otra parte, dispone el artículo 1108 del Código Civil que: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

En consecuencia, las cantidades que, en su caso, hayan de restituirse a la demandante se incrementarán con el interés legal desde que fueron abonados y hasta la fecha de la presente sentencia, con devengo desde entonces de los intereses legales procesales del art. 576 LEC.

SEXTO.- Costas.

En materia de costas, el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acoge con carácter general el principio de vencimiento objetivo, que supone imponer las costas del procedimiento a la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones. Es por ello que, en el caso que nos ocupa, dada la estimación de la demanda, procede condenar en costas a la parte demandada.

FALLO

Por todo lo expuesto, ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED] contra WIZINK BANK S.A.U y, en consecuencia:

1. **DECLARO** la nulidad de las cláusulas relativas a interés remuneratorio y comisión por reclamación de posición deudora del contrato de préstamo suscrito entre las partes en fecha 1 de diciembre de 2012.

2. **CONDENO** a WIZINK BANK S.A. a devolver a la parte actora todas las cantidades que ésta haya abonado indebidamente, junto con los intereses correspondientes y que se concretarán en ejecución de Sentencia.
3. **CONDENO** en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación. Deberán exponer las alegaciones en que se base la impugnación y citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Cuenca. (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

De conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ introducida por LO 1/2009, de 3 de noviembre, para la interposición del referido recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 euros) que deberá ser consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, aportando constancia documental del mismo. No se admitirá a trámite el recurso si no se ha constituido el referido depósito.

Así lo acuerda y firma SS^a.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.