



Roj: **SAP VA 672/2019 - ECLI: ES:APVA:2019:672**

Id Cendoj: **47186370032019100203**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **04/06/2019**

Nº de Recurso: **32/2019**

Nº de Resolución: **234/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO ALONSO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3VALLADOLID

SENTENCIA: 00234/2019

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413495 **Fax:** 983.459564

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPC

N.I.G. 47186 42 1 2018 0007555

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000032 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000462 /2018

Recurrente: WIZINK BANK S.A.

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ

Recurrido: Fernando

Procurador: ALICIA PEREZ GARCIA

Abogado: ISRAEL ALVAREZ CALZADA

SENTENCIA nº 234

ILMO SR. PRESIDENTE:

D. ANTONIO ALONSO MARTIN (PONENTE)

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑOZ DELGADO

En VALLADOLID, a cuatro de junio de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de VALLADOLID los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 462/2018, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo de RECURSO DE APELACION (LECN) **32/2019**, en los que aparece como parte apelante, WIZINK BANK S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D. JOAQUIN MARIA JAÑEZ

RAMOS, asistido por la Abogado D^a. MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y como parte apelada, Fernando , representado por el Procurador de los tribunales, D^a. ALICIA PEREZ GARCIA, asistido por el Abogado D. ISRAEL ALVAREZ CALZADA, sobre condiciones generales de contratación, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO ALONSO MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2018 , en el procedimiento ORDIONARIO nº 462/18 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Estimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Pérez García en representación de D. Fernando frente a la entidad mercantil **WIZINK BAK, S.A. ABOGADO Y** procurador MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ Y JOAQUIN JAÑEZ RAMOS, y en su virtud, debo de declarar la nulidad radical, por los motivos ya expuestos, de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y de comisión de reclamación de cuota impagadas que constan en el contrato de tarjeta de crédito Citibank Visa de fecha *3 de noviembre del 2001* y de sus condiciones, nº NUM000 , y consecuencia de la citada nulidad, se condena a la parte demandada a devolver los importes cobrados por dichos conceptos, de SEIS MIL CUARENTA Y SIETE EUROS, con un céntimo, **6.047, 01 €** y de DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA EUROS, **2.670 €** , respectivamente, más el interés legal correspondiente desde la fecha de interposición judicial, así como al pago de las costas procesales derivadas de esta instancia."

que ha sido recurrida por la parte demandada, WIZINK BANK S.A., habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 28 de mayo de 2019, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la demanda rectora del procedimiento se interesa por el actor la declaración de nulidad del contrato de crédito celebrado entre las partes el 3 noviembre 2001, y posteriores modificaciones, por tener carácter usurario, y se condene a la demandada a devolver al prestatario las cantidades percibidas por cualquier concepto que superen el importe del capital, a recalcular la amortización del crédito y a devolver el exceso al demandante, y subsidiariamente se declare la anulabilidad por vicio invalidante y se condene a la restitución de las cantidades recíprocas a calcular en ejecución de sentencia.

Opuesta la entidad demandada, la sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad radical por los motivos que expone (no existe un pacto claro y transparente del tipo de interés remuneratorio pactado, que considera además desproporcionado, y el carácter abusivo de la comisión por reclamaciones de cuotas impagadas, que no responde a un verdadero servicio prestado) de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y de comisión de reclamación de cuotas impagadas, y condena a la parte demandada a devolver los importes cobrados por dichos conceptos, de 6.047,01 euros y 2.670 euros, respectivamente.

La representación de la demandada recurre en apelación alegando en primer lugar incongruencia de la sentencia respecto de la acción ejercitada y la estimada por el juzgador, que declara la nulidad de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y de comisión de reclamación de cuotas impagadas, y sin embargo la acción ejercitada es la de nulidad del contrato por el carácter usurario, o subsidiariamente la anulabilidad por vicio del consentimiento, por lo que estima una acción que no fue ejercitada.

En segundo lugar que, frente a lo argumentado en la sentencia, la cláusula de interés remuneratorio supera los controles de incorporación y de transparencia, señalando que el control del interés remuneratorio sólo alcanza al de inclusión, referido a la transparencia, nunca a su contenido, y la cláusula cuestionada cumple con los requisitos del artículo 5 de la LCGC.

En tercer lugar se alega error en la valoración de la prueba e infracción de la carga probatoria, en base a que el concepto de interés normal de dinero debe estar referido al interés de un mismo producto, y la actora no prueba que tipo de interés estaba vigente en cada momento.

En cuarto lugar, que el interés remuneratorio no es una condición general de la contratación sino que forma parte del precio, y la sentencia prescinde de las circunstancias y condiciones que determinaron la celebración del contrato, ni tiene en cuenta los tipos de interés habituales, y son muchas las sentencias que aprueban la validez de intereses que oscilan entre el 20% y el 24%.

Finalmente, sobre la cláusula relativa al cobro de comisiones por reclamaciones de cuota impagada, que sólo entra en vigor como consecuencia de la actitud incumplidora de la parte ejecutada y pretende paliar los costes ocasionados por los gastos realizados por el departamento especializado en la gestión de cobros.

En función de lo expuesto solicita, con revocación de la sentencia de instancia, se dicte otra conforme a las reglas de la motivación y congruencia, y si no procede, se declare la superación del control de transparencia de las cláusulas de interés remuneratorio.

Se opone al recurso la parte demandada solicitando su desestimación y confirmación de la sentencia apelada, que afirma es plenamente congruente ya que en la Audiencia Previa se aclaró que la demanda se centraba en la usura y abusividad, controlable de oficio, de las cláusulas del contrato objeto de litigio; e insistiendo en el carácter abusivo de referidas cláusulas y que la carga de la prueba corresponde al apelante.

SEGUNDO .- Planteado en estos términos del recurso, se suscita en primer lugar por la recurrente la incongruencia de la sentencia al estimarse una acción que nunca fue ejercitada, citando infringido el artículo 218 de la LEC ., que establece que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito.

Centrado así este motivo de oposición, si bien un mero examen comparativo entre el suplico de la demanda y el contenido del Fallo de la sentencia pudiera llevarnos a apreciar que efectivamente existe incongruencia entre la acción ejercitada -nulidad o anulabilidad del contrato- y lo decidido en la sentencia -declaración de nulidad de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y de reclamación de cuotas impagadas-, sin embargo, de un examen detallado de los fundamentos de la demanda, es decir, el carácter usurario y abusivo del préstamo, con un TAE del 27.24%, y especialmente del contenido de la Audiencia Previa, en la que la actora, de acuerdo con las indicaciones del juzgador sobre el objeto de debate, precisó que éste será la determinación de la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio, de comisiones, de prima de seguro etc..., y no la nulidad del contrato; alegaciones y precisiones sobre las que la parte demandada no mostró su disconformidad por lo que debemos entender que estamos en un supuesto de alegaciones aclaratorias o pretensiones complementarias, que no alteran sustancialmente los fundamentos de las pretensiones ejercitadas, que estarían dentro de la posibilidad permitida por el artículo 426 de la LEC ; teniendo en cuenta, como decíamos, que la parte demandada no mostró su disconformidad con tales alegaciones sobre el hecho controvertido y objeto de debate precisado por la actora, por lo que no puede tener acogida su alegación ahora de incongruencia de la sentencia cuando esta, tanto en su fundamentación como en el Fallo, responde precisamente al objeto de debate fijado en el acto de la Audiencia Previa.

TERCERO .- Con estas premisas, no negada la condición de consumidor del demandante -no consta ni podemos presumir que la tarjeta de crédito objeto de estas actuaciones estuviera destinada a financiar alguna actividad empresarial de aquel-, por lo que resulta aplicable la normativa de consumidores, la cuestión a debatir ahora se centra en determinar si concurren los presupuestos exigidos para la nulidad de las cláusulas declaradas nulas e impugnadas por el actor conforme a dicha normativa, lo que haremos examinando por separado las cláusulas objeto de dicha impugnación, comenzando por la relativa a los intereses remuneratorios, partiendo de los hechos que el juzgador declara probados en el Fundamento Segundo, en cuanto a la suscripción del contrato, intereses pactados y aplicados, y cantidades devengadas en concepto de intereses remuneratorios y de comisiones por reclamación, que como tales no son cuestionadas por la demandada.

En orden a lo expuesto, vistas las actuaciones y examinada la póliza, poco podríamos añadir a los acertados criterios del juzgador de instancia, que esta Sala comparte y hace suyos dándolos aquí por reproducidos, toda vez que si bien la normativa no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula que establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, ello no supone que el sistema no la someta al doble control de transparencia, pues, como indica, entre otras la sentencia de 9 mayo 2013 "las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC, que determina que la relación de las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y 7, según el cual no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato...: b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles..."

Continúa dicha sentencia afirmando que además del filtro de incorporación, el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica.

En función de lo expuesto es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. En definitiva, en los términos de dicha sentencia, "la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato", es decir si el consumidor dispuso de una información suficiente al respecto y si se puede entender que comprendió plenamente la onerosidad de la operación plasmada en los contratos o reglamentos de las tarjetas de crédito.

CUARTO .- Aplicados estos criterios al caso que nos ocupa, del examen de la póliza se infiere, como se indica en la sentencia, que el interés, con un TAE del 24%, figura en el Reglamento que aparece en el reverso del contrato, que no es accesible o no permite apercibirse fácilmente del mismo, no sólo por el tamaño y formato de la letra, muy pequeña y casi ilegible, sin destacar en mayúscula, negrita o en párrafos diferenciados, y ubicado en el Condicionado General y no en las Condiciones Particulares o en la cara principal del contrato que es donde firma el prestatario, sino además por la propia falta de claridad en la redacción del documento, lo que determina, como se aduce en la sentencia, que no existe un pacto claro y transparente del tipo de interés remuneratorio para la adecuada comprensión de las condiciones pactadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE .

Estas circunstancias, unidas al carácter elevado y manifiestamente desproporcionado del interés remuneratorio a los que luego aludiremos, nos llevan a afirmar que era exigible una exhaustividad en la información que se debe facilitar, de forma que se justifique plenamente que se comprendió la carga que asumía el actor en el momento de estampar su firma, lo que no se acredita por la demandada y no se desprende de los documentos aportados.

En base a estas consideraciones, desde la perspectiva del control de inclusión o inserción a que se refiere el artículo 5 de la LCGC, la cláusula referida no supera o respeta el criterio de transparencia, al no tener una redacción clara y comprensible, por lo que conforme a los artículos 7 y 8 de la ley citada la consecuencia sería la nulidad.

QUINTO .- Por otra parte, como se indica y razona en la sentencia recurrida, el interés remuneratorio fijado debe considerarse manifiestamente desproporcionado, pues supera en más del doble el interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo, según las estadísticas del Banco de España de 2006, que era del 10,20%, próximas a la fecha de suscripción del contrato y a las que puede acudir para establecer lo que puede considerarse como "interés normal", como es reiterada jurisprudencia, sin que deba estarse al específico de las tarjetas de crédito, como aduce la recurrente; en este sentido la STS Pleno de 25 noviembre 2015 , citada en la sentencia recurrida, que consideró notablemente superior al normal de dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso un interés remuneratorio del 24.6% en un crédito "revolving".

Por otra parte, no se ha acreditado que concurran en este caso circunstancias excepcionales que justifiquen o expliquen la fijación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, por lo que, en definitiva, debemos coincidir con el juez de instancia en la declaración de nulidad del tipo de interés remuneratorio, así como en la consecuencia de tal declaración, es decir que el prestatario sólo está obligado a devolver las sumas recibidas por lo que al haber abonado en concepto de interés la suma total de 6.047,01 euros, extremo que no es cuestionado o desvirtuado por la demandada, esta deberá devolver dicha cantidad, más el interés legal correspondiente, por lo que procede rechazar este motivo de impugnación.

SEXTO .- También comparte la Sala los criterios del juzgador de instancia respecto a la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de reclamación de cuotas impagadas, que consta en el contrato, y consiguiente devolución de la suma abonada por este concepto, que asciende a 2.670 euros, que damos aquí por reproducidos.

Sobre esta cuestión debemos recordar que "las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes", así como que "sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o afectados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados y a gastos habidos", como establece el artículo 3.1 de la Orden EHP 2899/2011, de 28 octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; y en esta misma línea la Circular 5/2012 , del Banco de España de 27 junio.

En orden a lo expuesto, la jurisprudencia indica que no existe ninguna duda sobre la legalidad de las comisiones y de la posibilidad de repercutir gastos, pero siempre que estos existan; extremo que podemos poner en relación con el artículo 82 de la LGDCU , que previene, en su apartado 4, del carácter abusivo de aquellas cláusulas o prácticas que determinen falta de reciprocidad. En este sentido, entre otras el Auto de esta Sala de 30 mayo 2019 , que en un supuesto parecido señala que "Se trata por tanto de comisiones claramente

desproporcionadas, que no guardan relación alguna con el coste real de gastos de correo o de un operador telefónico para la reclamación de un recibo impagado, pues tales gastos serían los mismos fuera cual fuese el importe de dicho recibo. A mayor abundamiento la entidad de crédito no ha desglosado ni mucho menos acreditado gasto, prestación de un servicio específico o gestión alguna como consecuencia del impago de los recibos. Se constituyen por tanto dichas comisiones en auténticas y muy gravosas penalizaciones ante el posible incumplimiento por parte del prestatario. No cabe dejar de consignar tampoco que dichas comisiones, pese a la carga tan importante que suponen caso de impago de un recibo, aparecen solamente consignadas en la condición general 8ª, que figura en el reverso de la hoja que documenta el contrato en un apretadísimo formato, con una letra mínima y sin resalte específico alguno, por lo que ni siquiera superaría el control de incorporación cara a que el consumidor pudiera percatarse cumplidamente de su existencia y trascendencia".

Criterios perfectamente aplicables a este supuesto toda vez que al hecho constatado de que las comisiones se contienen en el reverso del contrato, con una letra pequeña y casi ilegible, se añade en este caso que por la demandada, que alude a una cierta retribución del servicio para paliar los costes ocasionados, no acredita ningún tipo de contraprestación o gasto concreto que pudiera justificar las comisiones o constituir una efectiva compensación o reciprocidad del servicio, y en su caso la proporcionalidad de aquellas, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 mayo 2018, pues aquéllas consisten en el cobro automático de una comisión fija mensual, en este caso de 30 euros a partir de 2007, por devolución de cada recibo impagado, o ante cada cargo, sin que conste prestación o gestión alguna justificativa de tal periodicidad e importe.

Por todo ello, haciendo propios, como decíamos, los argumentos de la sentencia recurrida, procede confirmar el pronunciamiento sobre tal cláusula y en consecuencia confirmar íntegramente aquella con desestimación del recurso.

SEPTIMO .- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC ., procede imponer al recurrente el pago de las costas de esta segunda instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y **desestimamos el recurso** de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil WIZINK BAK, S.A., contra la sentencia de fecha cinco de noviembre dos mil dieciocho dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 462/2018 seguidos en el Juzgado de Primer Instancia número 9 de Valladolid; resolución que **CONFIRMAMOS INTEGRAMENTE**, con imposición al apelante de las costas causadas en esta segunda instancia.

Al no estimarse el recurso no procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los *artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.