

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035 Tfno.: 914933837 37007740
N.I.G.: 28.092.00.2-2018/0008295

Recurso de Apelación 165/2019 O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Móstoles Autos de Procedimiento Ordinario 826/2018

DEMANDANTE/APELADO: Dª BMCJ PROCURADOR: D. NOEL ALAIN DE DORREMOCHEA GUIOT

DEMANDADO/APELANTE: WIZINK BANK, S.A. PROCURADOR: D. JUAN JOSÉ LÓPEZ SOMOVILLA PONENTE ILMA. SRA. Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

SENTENCIA Nº 242

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS: Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 826/2018 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Móstoles, a los que ha correspondido el rollo 165/2019, en los que aparece como parte demandante-apelada Dª BMCJ, representada por el Procurador D. NOEL ALAIN DE DORREMOCHEA GUIOT, y como demandada-apelante WIZINK BANK, S.A., representada por el Procurador D. JUAN JOSÉ LÓPEZ SOMOVILLA.

VISTO, siendo Magistrada Ponente Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 31 de octubre de 2018, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De Dorremochea Guiot en nombre y representación de Dña. BMCJ procede hacer los siguientes pronunciamientos:

1º. Debo declarar y declaro nulas de pleno derecho las condiciones generales incluidas en el Anexo del Reglamento (por remisión de la cláusula 7º) y que regulan los intereses remuneratorios, comisiones y gastos de seguro.

2º Como consecuencia de lo expuesto, la entidad demandada no tiene derecho a aplicar intereses, comisiones, ni gastos de seguro debiendo limitarse la obligación de la demandante a la devolución del capital recibido; dicho importe será determinado en ejecución de sentencia, y si resultara saldo favorable para la demandante, la entidad demandada procederá a su abono, generando dicha cantidad los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda.

3º Procede la condena en costas de la parte demandada.”

Notificada dicha resolución a las partes, por WIZINK BANK, S.A. se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria

que se opuso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el día 22 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales. Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación - 165/2019 3 de 17

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- El recurso de apelación dimana de la acción ejercitada en Primera Instancia por D^a BMCJ contra WIZINK BANK SA, en la que instaba respecto del **contrato de Tarjeta Citibank** de fecha 30/12/08, que se declarara que las condiciones generales incluidas en el Anexo del Reglamento por remisión de la cláusula 7, que regulan los intereses y comisiones, así como los gastos no expresamente pactados, seguro, no superan el control de transparencia por lo que deben tenerse por no puestos, al no incorporarse válidamente al contrato. Subsidiariamente que se declare que los intereses remuneratorios impuestos al consumidor en dicho contrato son usurarios lo que determina la nulidad del contrato. En cualquiera de las peticiones solicita la condena a la **demandada al pago de la suma de 3.141,92€**, como diferencia entre la cantidad abonada por la actora y el capital dispuesto por este, mas todos los pagos posteriores hasta la sentencia, sin que **deba la suma de 13.932,93€** que le reclama la entidad demandada a la actora.

Habiéndose dictado sentencia, que estima sustancialmente la demanda declara la nulidad de las condiciones generales incluidas en el Anexo del Reglamento por remisión de la cláusula 7, y que regulan los intereses y comisiones, así como los gastos de seguro, limitando la obligación del demandado a la devolución del capital recibido que se determinara en ejecución de sentencia. Se interpone recurso de apelación por la representación de WIZINK BANK SA.

TERCERO.- Por la representación WIZINK BANK SA, se impugna el pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto declara la nulidad de las condiciones generales incluidas en el Anexo del Reglamento por remisión de la cláusula 7, y que regulan los intereses remuneratorios, por cuanto no existe falta de claridad o transparencia en la redacción de dichas condiciones generales, y la actora conocía cuando suscribió el contrato a que se obligaba y que habiéndola usado desde el 2008, ni protesto las liquidaciones ni mostro su disconformidad aceptando su uso y funcionamiento durante años. Y que en todo caso el TIN del 24% con un TAE del 26,82%, que se fija como condición general no resulta nulo de pleno derecho, por no ser usurario. Igualmente se cuestiona por WIZINK BANK SA, que no puede aplicar la cláusula referida a comisiones y gastos de seguro de Pagos protegidos por no ser abusivos.

Compartiendo los criterios de falta de transparencia de las condiciones generales, la doctrina de esta Sala se ha pronunciado ya en lo que se refiere al carácter usurario de los intereses, que determina que el recurso debe ser estimado.

La STS de fecha 25 de noviembre de 2015 al resolver sobre el carácter usurario de un crédito "revolving", establece:

"1.- Se plantea en el recurso la cuestión del carácter usurario de un "crédito revolving" concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE.

"El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura que establece: «[s]erá 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».

"Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: «[l]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido». "La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

"2.- El art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes, y actualmente el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

"Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

"En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito «sustancialmente equivalente» al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio, 113/2013, de 22 de febrero, y 677/2014, de 2 de diciembre.

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación - 165/2019 6 de 17

"3.- A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

"Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años,

que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley.

"4.- El recurrente considera que el crédito "revolving" que le fue concedido por Banco Sygma entra dentro de la previsión del primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura en cuanto que establece un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso.

"La Sala considera que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura por cuanto que la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales mencionados.

"El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

"El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria a través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

"En el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

"5.- Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

"En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de

circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

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

"Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobre endeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

"6.- Lo expuesto determina que se haya producido una infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, al no haber considerado usurario el crédito "revolving" en el que se estipuló un interés notablemente superior al normal del dinero en la fecha en que fue concertado el contrato, sin que concurra ninguna circunstancia jurídicamente atendible que justifique un interés tan notablemente elevado".

En el presente supuesto, el contrato de tarjeta de crédito se celebra el, pactándose un interés del 26,82% TAE cuestión que aceptan ambos litigantes.

Tal tipo de interés ha sido declarado usurario por esta Sala en diferentes ocasiones, en la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2016, considerábamos que un interés TAE del 24,51% en un crédito revolving era usurario, y en la de 4 de febrero de 2016 entendíamos que eran usurarios los intereses del 26% TAE para disposiciones en efectivo, y de un 24,71% TAE para compras, pactados igualmente en un crédito revolving.

En la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 2017, indicábamos: "De acuerdo con el parámetro elegido para verificar la aplicación de un interés "normal del dinero" se aprecia que el TAE del 22,95%, anual excede del doble del TAE medio aplicable a préstamos al consumo en la fecha de la celebración del contrato (año 2007) entre 1 y 5 años, que oscilaba entre el 10,36% y el 10,28% anual.

"No acredita la entidad prestamista la existencia de excepcionales que justificaran un interés remuneratorio tan elevado, notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, que son los parámetros que señala el Tribunal Supremo para considera usurario el interés fijado."Y en la reciente sentencia de 17 de abril de 2018. Entendíamos que un TAE del 24, 71%, tenía un carácter claramente usurario.

Ante tales premisas y pactado en el actual contrato un TAE de 26,82%, y no constando que existan circunstancias especiales que justifiquen tan elevado tipo de interés, es procedente declarar igualmente su carácter usurario.

Pero además debe tenerse en cuenta la sentencia de la sección 21 del 26 de febrero de 2019, que se pronuncia respecto a la aplicación de estos tipos de intereses en tarjetas de crédito tipo "revolving" y que el Banco de España al aplicar las estadísticas sobre los tipos de interés comprenda actualmente dentro de las relativas al crédito al consumo un capítulo específico relativo a las tarjetas de crédito con pago aplazado y a las tarjetas "revolving".

Señalando que el 27 de enero de 2010 se dicta la Circular1/2010 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplica a los depósitos y a los créditos

frente a los hogares y las sociedades no financieras. Considerando la sentencia de la Sección 21 reseñada, que se trata de una circular a los solos efectos estadísticos, y que contempla un capítulo específico relativo a las tarjetas de crédito de pago aplazado, diferenciando en sus estadísticas el Banco de España a partir de entonces entre el crédito a la vivienda, el crédito al consumo, y los créditos para otros fines, y dentro del crédito al consumo se crea una columna específica para las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjeta revolving.

Esta circular en la que se sustenta el alegato de la apelante en cuanto a que se considere como interés normal del dinero el publicado a efectos estadísticos por el Banco de España para las tarjetas de crédito con pago aplazado y tarjetas "revolving", y a la no apreciación de usurario del interés de tarjetas de crédito con pago aplazado, decae, pues esta Sala comparte la tesis de la sección 21 de esta Audiencia Provincial, al considerar que prevalece como más correcto, el criterio que aplicó la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, fijándose en el interés medio de los préstamos al consumo como interés normal del dinero a los efectos de calificar los intereses aplicados y convenidos como usurarios. El criterio que sustentamos es, por otra parte, el mayoritario en los tribunales, además de las citadas, así en la Audiencia Provincial de Madrid pueden citarse las sentencias de las Secciones undécima, decimoctava y vigésima, respectivamente de fechas 29 de junio de 2018, 17 de abril de 2018, 21 de mayo de 2018 y 6 de marzo de 2018, y el auto de la Sección decimocuarta de 13 de septiembre de 2018.

Fuera de la Audiencia Provincial de Madrid pueden citarse las sentencias de las Secciones cuarta y decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de enero de 2019 y 8 de noviembre de 2018, respectivamente; la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de noviembre de 2018 ; la sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Lérida de 3 de mayo de 2018; las sentencias de las secciones sexta y séptima de la Audiencia Provincial de Valencia de fechas 12 de diciembre de 2018 y 16 de febrero de 2018, respectivamente; las sentencias de las Secciones cuarta y sexta de la Audiencia Provincial de Asturias de fechas de 14 de diciembre de 2018 y 18 de enero de 2019, respectivamente; la sentencia de la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de diciembre de 2018; la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia provincial de la Coruña de 16 de octubre de 2018 ; la sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra de uno de marzo de 2018; y la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 30 de abril de 2018.

Apreciado el carácter usurario del interés remuneratorio establecido en el contrato en el que sustenta su reclamación la entidad demandante, debemos sin embargo destacar que la sentencia de apelación no se pronuncia sobre el carácter usurario del contrato, y así no declara la nulidad no del contrato por usura, sino de las condiciones generales del anexo por falta de transparencia, por lo que entrando a valorar los motivos del recurso que nos entretiene, lo primero que hay que decir y dejar claro es que se equivoca la parte apelante al cuestionar la nulidad, por usura, del contrato de tarjeta suscrito, dado que, en modo alguno, se declara en el fallo de la misma, como usurario dicho contrato, aun cuando ya hemos manifestado nuestra posición sobre dicho carácter usurario de los citados intereses remuneratorios.

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación - 165/2019 12 de 17 Partiendo así que se declare en la sentencia apelada la nulidad del clausulado en razón de la inobservancia de otra legislación diferente a la Ley Azcárate de 1908, cual la contenida en la LCGC y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dispone que "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente... aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos...b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura ...". Este apartado b) fue modificado por Ley 3/2014, de 27 de

marzo, que fue la que le dio la actual redacción. No existía en la fecha del contrato el 19/10/06, fecha ésta en la que estaba en vigor la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, que es de aplicación al caso de autos.

El artículo 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1.984, establecía que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se aplicaran a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente, como son las de autos, relativas a tales productos o servicios [...], deben cumplir, entre otros, los requisitos de " concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual ".

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por otro lado, exige (artículo 5.5) que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Su artículo 7 establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 (a) ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplina en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato (b).

La sentencia del Tribunal Supremo de 5/7/97 dijo en relación con esta cuestión, lo siguiente: "... En cuarto lugar, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios expone en el artículo 10 la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso. Es claro, según lo expuesto anteriormente, que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro del concepto de condición general que define la propia ley en el artículo 10.2: a los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter general (que el artículo 10.1 impone los requisitos), el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éstas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario (como es la compradora, como destinataria final del producto, como dispone el artículo 1.2), siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales; en lo que aquí interesa debe destacarse el requisito de formulación que exige el artículo 10.1.a): concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo. Asimismo, el artículo 10.1.c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el nº 3º de este apartado y entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios; se estima que la cláusula de sumisión, en el presente caso, es abusiva, porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la compradora, el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa vendedora tiene otro potencial económico y delegaciones que pueden actuar por cuenta de la misma (en el contrato de compraventa se hace mención de la delegación 111). Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala: sentencias de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio de 1996, 14 de septiembre de 1996, 8 de noviembre de 1996, 30 de noviembre de 1996 ...".

En el caso de autos es imposible la lectura del documento, en lo que se refiere al reverso, sin aumentar mecánicamente el tamaño de la letra, que no supera el milímetro. Es cierto que el control de abusividad a través de la medida de la letra fue introducido por la Ley 3/2014 en el TRLGDCU de 2.007, pero también lo es que esa medida de 1 milímetro impide realmente que el texto sea legible y comprensible. El anverso comienza con lo que denomina "Reglamento de la Tarjeta de

crédito Citi VISA/MASTERCARD", cuyas letras mayúsculas no superan el milímetro de altura, no llegando las minúsculas al milímetro, por lo que resulta imposible su lectura sin aumentar su tamaño por medios mecánicos, lupa o aumento del tamaño a través de fotografía. Son también contrarios a las reglas de transparencia, claridad, concreción y sencillez las remisiones que realiza el clausulado del indicado reglamento en su apartado 7 titulado "Cuáles son los intereses, cuotas y comisiones" a un denominado "Anexo" que figura en el mismo reverso y cuya lectura vuelve a ser imposible porque la letra es de una medida que hace que el texto sea ilegible.

Por tanto el contrato no cumple con las existencias de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículos 10.1 LGDCU y 5.5 LCGC) y legibilidad (artículo 7 LCGC). La consecuencia, conforme al artículo 7 de la LCGC, es que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato ni las que sean ilegibles.

De tal modo que no es posible concluir que el consumidor, con el rigor requerido, conociera el alcance de las obligaciones económicas que asumía no sólo respecto al alto interés remuneratorio del, sino también, con respecto a las numerosísimas comisiones que, luego, se mencionan en el dicho Reglamento, o a un seguro de Pagos protegidos contratado telefónicamente, en el que tampoco nos consta la información dada, sin que por el simple uso de la tarjeta se desprenda la concurrencia de acto propio o inequívoco vinculante, del que deducir que el demandante comprendió, perfectamente, la carga económica que asumía.

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación - 165/2019 15 de 17
En cuanto al contrato de seguro de Pagos protegidos, lo decisivo es que es a la parte demandada a la que le corresponde demostrar, y no al contrario, que en la adhesión telefónica al seguro, el cliente consumidor ya tuvo noticia acabada y segura del contenido de las cláusulas que iban a conformar el producto contratado; por tanto, las condiciones esenciales del mismo, y nada de eso prueba el Banco demandado, pese a sus alegaciones, no aportando documento alguno ex ante o simultaneo a la contratación, ni probanza testifical alguna, demostrativos de que el consumidor tuvo oportunidad real de conocer, de antemano, el contenido de dichas cláusulas, declaradas nulas por no superar tales controles de incorporación y transparencia. Dicha falta de información precontractual es originadora y justificadora de la nulidad declarada del seguro de Pagos protegidos por falta de transparencia,

En consecuencia dado que el contratante no tuvo oportunidad real de conocer la carga económica de las condiciones declaradas nulas, dada la ilegibilidad del condicionado y de la falta de prueba de información previa, la nulidad se deriva de la no superación del control de incorporación, pues el clausulado del contrato, por lo dicho, resulta ilegible en base a los mencionados arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Y tampoco en la contratación del seguro de Pagos protegidos, dada la relevancia que cobra la manera en que se produjo la contratación: telefónicamente, sin que conste su contenido, y sin que se demuestre la prestación de una verdadera información precontractual que le permitiera al consumidor demandante tomar una decisión fundada y sosegada sobre el mismo.

Por tanto coincidimos con la Juzgadora de Instancia en la nulidad de las condiciones, pues se estipularon en clara contravención de los requisitos del art. 5.5 y 7.b) de la Ley 7/98, sobre condiciones generales de la contratación, dada la ilegibilidad del condicionado, bastando una mera inspección del mismo, ante un texto en letra mínima, y borrosa que lo hace inaccesible en su comprensión incluso con el uso de una lupa, ello conlleva su nulidad. Así mismo por lo expuesto sobre la falta de prueba sobre la información necesaria del contrato de seguro de Pagos protegidos. Por lo que las consecuencias de todo ello han de ser las previstas en la sentencia apelada, esto es el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida. Lo que implica confirmar el criterio íntegramente de la Juzgadora de Instancia respecto a la nulidad de la nulidad de las condiciones generales incluidas en el Anexo del Reglamento por remisión de la cláusula 7, y que regulan los intereses remuneratorios, Seguro de Pagos protegidos.

Procediendo la confirmación de la sentencia a que el recurso se contrae, con adecuada respuesta a lo que es objeto de controversia, al desestimarse el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Las costas procesales han de ser impuestas a la recurrente WIZINK BANK SA, que ha resultado vencida en la sustanciación en esta alzada de su recurso, en aplicación de los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de WIZINK BANK, S.A., contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Móstoles, en autos de Procedimiento Ordinario nº 826/2018, y en consecuencia procede:

1.º **CONFIRMAR** íntegramente la expresada resolución.

2.º **IMPONER** a la apelante las costas ocasionadas en la sustanciación en esta alzada de su recurso de apelación.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto Legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-000165-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

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