

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
ARENAS DE SAN PEDRO**

SENTENCIA: 00071/2021

PLAZA CONDESTABLE DAVALOS S/N
Teléfono: 920376053-54, Fax: FAX 920370642
Modelo: 0030K0
N.I.G.: 05019 41 1 2021 0000454

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000115 /2021

Procedimiento origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000122 /2021

Sobre RECLAMACION DE CANTIDAD

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. ANTONIO SASTRE QUIROS
DEMANDADO D/ña. WIZINK BANK WIZINK BANK
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En Arenas de San Pedro, a veintiocho de julio de dos mil veinte uno.

Su Señoría el Señor Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número Uno de Arenas de San Pedro, Don [REDACTED], ha visto la causa seguida en este Juzgado con número de **PROCEDIMIENTO DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO 115/2021, EN EJERCICIO DE ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO, Y, ACCIONES SUBSIDIARIAS DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EJERCICIO DE ACCIÓN ACUMULADA DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, promovida por la representación procesal de la [REDACTED], mayor de edad, representado por el Procurador de los Tribunales DON ANTONIO SASTRE QUIROS y asistida por la Letrada DOÑA LETICIA DE LA HOZ CALVO, frente a la sociedad mercantil **WIZINK BANK, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y defendida por el letrado [REDACTED]

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

Ha dictado la presente **Sentencia**, que basa sobre los siguientes:

Firmado por:

Firmado por:

28

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentada demanda de procedimiento ordinario por el procurador de los tribunales DON ANTONIO SASTRE QUIROS, en representación de [REDACTED], en fecha 03/02/2021, frente a WIZINK BANK.

SEGUNDO.- Remitida demanda por los Juzgados de Ávila por incompetencia territorial al Juzgado de Arenas de San Pedro, en virtud del auto de fecha 16/04/2021. Admitido a trámite por decreto de fecha 16/04/2021, se da traslado a las partes para emplazamiento por plazo de 20 días, quedando señalada Audiencia Previa para el día 07/07/2021.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado todos los trámites y todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL PROCESO.

Pasando a examinar el fondo del asunto, el objeto del proceso o la controversia que debe de ser dirimida, es resolver si procede o no estimar la demanda de acción de nulidad de contrato de tarjeta de crédito, y, de acciones subsidiarias de nulidad cláusulas abusivas, y, de acción acumulada de reclamación de cantidad, promovida por la actora frente a la mercantil demandada, como consecuencia de la relación contractual de tarjeta de crédito que suscribieron en fecha de 9 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA.

Para el acto de la vista, se llevó a cabo la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida por este órgano judicial consistente en la documental que obra en las actuaciones.

Si realizamos un examen exhaustivo de la prueba que se ha practicado, del acervo probatorio documental aportado, queda probada la existencia del contrato de fecha de 12 de julio de 2016, acreditándose la relación contractual, así como el contenido del clausulado.

Al hilo de lo expuesto anteriormente, el artículo 1089 del Código Civil nos prescribe literalmente que:

Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

El artículo 1091 del Código Civil nos indica en su literalidad que:

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.

El artículo 1278 del Código Civil reza textualmente que:
Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

El artículo 1279 del mismo Código nos reseña que:
Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

El artículo 1280 del mismo Código en su literalidad prescribe que:

Deberán constar en documento público:

1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3.º Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.

El artículo 1254 del Código Civil versa textualmente que:

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

El artículo 1278 del mismo Código dice de forma literal que:

Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

El artículo 1124 del mismo Código nos reza que:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

El artículo 1.301 del Código Civil nos preceptúa literalmente que:

La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

El artículo 1.303 del Código Civil nos indica textualmente que:

Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

Con los anteriores preceptos expuestos con anterioridad, bien es cierto que con la existencia del contrato que vincula a ambas partes, la deuda queda acreditada con el acervo documental practicado. Sin embargo, respecto de este tipo de contratos este juzgador no debe de sustraerse en poner de relieve ciertas cuestiones, en lo concerniente al contenido del clausulado. Al hilo de lo referido, habiendo sido estudiado el íntegro contenido de las cláusulas, si tenemos en cuenta los anteriores preceptos procesales, trayendo a colación el articulado de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, puesta en relación con el articulado 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, efectuando un control de oficio del contenido de las condiciones del referido contrato que fundamenta la petición inicial del actor, se infiere o se deduce como cláusulas abusivas la totalidad del contenido del contrato. Y es que, debe de considerarse la totalidad del clausulado como abusivo, partiendo de la premisa de que su contenido está redactado con una minúscula letra que impide realizar una lectura en unas condiciones normales, teniendo en cuenta que no se llega a permitir al lector una acción de lectura y una acción de estudio sin el padecimiento de una situación de fatiga visual extrema, trayendo como consecuencia una vulneración del derecho a la integridad física y moral,

que deriva en un flagrante ataque a la dignidad del lector en tanto que es consumidor o usuario, llegando a incurrir incluso por parte de la mercantil actora-prestamista-demandante en un abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo, si traemos a colación el artículo 7 del Código Civil **(Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 14 de febrero de 1944)**.

La anterior consideración, se hace al amparo de lo que ha venido reseñando tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como en la jurisprudencia doctrinal del Tribunal Supremo, como en la jurisprudencia menor. Ante esta tesitura, no en balde se trae a colación el **Auto número 136/2018, de 22 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta; Recurso de Apelación número 54/2018; [Roj: AAP M 1867/2018 - ECLI: ES:APM:2018:1867AAP M 1867/2018 - ECLI: ES:APM:2018:1867A]; Ponente: ██████████**, en cuyos Razonamientos Jurídicos se nos indica literalmente que:

"28 En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C 618/10, EU: C:2012: 349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 57).

29 En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito, EU: C:2013:341, apartado 59).

30 Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva

93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

31 De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79).

32 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77).

33 Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia,

Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014: 282, apartados 82 a 84)".

En la misma tesitura, debe de traerse a colación los Razonamientos Jurídicos del **Auto número 99/2018, de 14 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta; Recurso de Apelación número 57/2018; [Roj: AAP M 1783/2018 - ECLI: ES:APM:2018:1783A]; Ponente: [REDACTED]**, en cuyo contenido se nos reseña la supremacía del Derecho Comunitario respecto del Derecho de cada Estado miembro de la Unión, y, la consiguiente obligación del juez nacional de aplicar la normativa comunitaria.

Expuestos los anteriores preceptos legales y la jurisprudencia anterior, debe de declararse la nulidad de pleno derecho de la totalidad del clausulado, porque sitúan a la parte demandada, en tanto que consumidora y usuaria, en una situación de desigualdad real y efectiva, ya que existe un desequilibrio patente de la demandada, más tanto aún, cuando se vislumbra un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del mismo (reiteramos), si traemos a colación el artículo 7 del Código Civil (**Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 14 de febrero de 1944**).

Llegados a este punto, es menester realizar una distinción entre el concepto de cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación, e identificar de una forma precisa y concreta quién es consumidor y usuario y quien no lo es, en aplicación de la normativa expuesta con anterioridad. En otra tesitura, debe de indicarse que no todas las condiciones generales de la contratación tienen el carácter de abusivo. Expuesto lo anterior, y circunscribiendo el debate en estas últimas cuestiones, es muy ilustrativo poner de relieve el **Auto número 175/2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de junio, Sección 18; Recurso de Apelación número 348/2018; [Roj: AAP M 1659/2018 - ECLI: ES:APM:2018:1659A]; Ponente: [REDACTED]**, en cuyos Razonamientos Jurídicos se nos indica literalmente que:

Sobre la aplicación del concepto de abusividad, y de la doctrina sobre cláusulas abusivas emanada a partir de la interpretación de la directiva 93/13, se ha pronunciado abundantísimamente tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor. Entre las últimas resoluciones de esta puede citarse a la Audiencia Provincial de Barcelona que viene a exponer lo siguiente:

"La premisa que falla en toda la oposición es la condición de consumidora o usuaria de la apelante, de tal modo que la

apelante no tenía la condición de persona consumidora o usuaria que era requisito "sine qua non" para oponerse en el juicio ejecutivo hipotecario sumario seguido en la instancia, por la causa taxativa de dicho art. 695.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y abstrayendo que fuere persona física o jurídica, pues pudo ser tal consumidora siendo jurídica.

En efecto, el art. 3 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios define a dicho consumidor y usuario a efectos de esa norma, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Igualmente, conforme a la Ley 22/2010, de 20 de julio, aprobando el Código de Consumo de Cataluña, definiendo el art. 111-1 su objeto y ámbito, se define, a los efectos de dicha ley catalana, en letra "a" del art. 111-2 de dicho texto legal, a la persona consumidora y usuaria a las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Y en idéntico art. 111-2.d) se define a la empresaria como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios, o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional.

Dicho art. 3 de dicha Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 simplificó el concepto de consumidor y usuario al establecer que, a los efectos de esa norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. Como ya dijo el titular del Juzgado Mercantil 3 de esta ciudad, promotor de la cuestión de constitucionalidad que terminó en la STJUE de 14.3.2013, en su sentencia de 18.9.2013, en sede declarativa ordinaria, a los efectos del derecho español fundamental, para determinar la presencia o no de un consumidor en el contrato no puede ser su condición de persona física o jurídica, sino si actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Y algo similar establecía el art. 1.2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (la Ley 16/2011, de 24 de junio, no entró en vigor hasta 25.9.2011), entendiéndose que a los efectos de esa ley se entendería por consumidor a la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella regulan, actúa con propósito ajeno a su actividad

empresarial o profesional, aunque en este caso, superada la restricción a la persona física por dicha LGDCU de 2007.

Por tanto, destinado el préstamo a un objeto empresarial, va de suyo la imposibilidad de alegar la abusividad de aquella cláusula contractual de vencimiento anticipado, aunque no de postular -en otro proceso declarativo la no incorporación al contrato de las cláusulas tachadas de falta de transparencia, acogiéndose a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, superando la continencia de esta causa sumaria ejecutiva hipotecaria.

La apelante confunde el control de incorporación de las condiciones generales, efectivamente posible con independencia de que el adherente sea consumidor o profesional, art. 8.1 de la Ley 7/1998, con el distinto control de abusividad que igualmente pueden realizar los tribunales, pero solo cuando el contrato se haya realizado con un consumidor, como establece el art. 8.2 de idéntica Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.

La exposición de motivos de esta ley, que glosa la apelante no dice algo distinto de lo expuesto, de tal manera que bien pudo decir la sentencia nº 330/2012, de 15 de octubre, de la Sección Quince de la Audiencia de Barcelona que si la actora no era consumidora no podía invocar la normativa protectora de consumidores, ni siquiera cabía entrar a juzgar si la cláusula era abusiva conforme a dicha normativa especial, por lo que decaía la acción de nulidad ejercitada con base en el art. 8.2 LCGC, pues quienes pueden denunciar en el ámbito de la ejecución judicial, y de la contratación en general, el carácter abusivo de una cláusula contractual, son únicamente los consumidores o usuarios.

La jurisprudencia comunitaria hace referencia al "uso personal" del bien o servicio adquirido "sin que esta operación tenga relación alguna con su actividad profesional" (ordinal 47 de la sentencia de 11 de julio de 2002). Con el objeto de dar una interpretación segura y fiable del concepto de consumidor, más que exigir algún tipo de indagación sobre el interés personal o familiar del servicio o contrato, debe acudir a la idea de ajenidad respecto de lo que es su actividad empresarial o profesional, dado que toda la legislación tuitiva del consumidor está inspirada por el interés de proteger al consumidor como parte contratante considerada como económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada, inferioridad que se observa tanto en lo referido a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las

condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas.

Así, la apelante se opuso al auto despachando ejecución de hipoteca inmobiliaria del art. 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al hilo del nuevo art. 695 que incorporó un ordinal cuarto a su primer apartado, tras la vigencia de la Ley 1/2013, de 14 de mayo; basta ver el preámbulo y la disposición transitoria primera de la novela para observar la finalidad de la norma en que se ampara dicho promotor incidental, en el sentido exegético del art. 3 del Código Civil.

Es más, si la apelante no gozaba de tal condición de consumidora ni pudo oponerse a la ejecución sumaria hipotecaria por el motivo que lo hizo ni, por tanto, puede estimarse ahora su recurso de apelación, recordando de nuevo lo dispuesto en el art. 698 LEC, inalterado tras las reformas legales recientes de sus precedentes.

En este proceso ejecutivo sumario, que no declarativo, se recuerda que la Directiva comunitaria 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, en su artículo 2, identifica igualmente al consumidor como a toda persona física que, en los contratos regulados por dicha directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, restringiendo incluso la definición del derecho nacional.

Y ello en la consabida primacía del Derecho comunitario, citando al efecto las sentencias del TJUE de 15 de julio de 1964, asunto Flaminio Costa, de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, y 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, lo que es consecuencia del efecto directo del derecho de la Unión Europea.

Por lo demás, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por lo que se optó por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante dicha LCGC, que, al mismo tiempo, a través de una disposición adicional primera, modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En la actualidad estas disposiciones legales, junto con otras normas de trasposición de directivas comunitarias, están refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias.

El sistema de protección de la Directiva 93/13, se basa en aquella idea de inferioridad del consumidor respecto del profesional, en lo referido tanto a la negociación como al nivel de información, llevando aquella adhesión a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, definiendo el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CE el concepto de cláusula abusiva, de forma que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión.

Como explica la exposición de motivos de la LGDCU vigente, el consumidor y usuario es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes o servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, a procesos de producción, comercialización, o prestación de servicios a terceros.

Como recoge la STS de 18 de junio de 2012, "en términos generales, la normativa de consumo de transposición de las directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU- de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por idéntica LGDCU de 1984, artículos 1, 2 y 3; combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la Ley de Condiciones Generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su exposición de motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados".

Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, incluso de manera más restrictiva, haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJCE de 17

de marzo de 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005).
En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido de 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con el "consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS de 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, núm. 992, y 15 de diciembre de 2005), pero cuando la parte tiene la condición de consumidor o usuario, lo que no concurre en este sumario ejecutivo hipotecario, en que nunca se alegó siquiera tal presupuesto de la oposición planteada en su día al auto ejecutivo, incidiendo en lo aporético de la oposición y, por ende, del recurso de apelación interpuesto por dicha mercantil limitada.

Pero la propia exposición de motivos de dicha LCGC a la que se acoge contradictoriamente la entidad apelante distingue nítidamente entre condición abusiva, con ámbito propio en la relación con los consumidores, y las condiciones generales de la contratación, estableciendo lo siguiente:

"La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica.

Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita-

exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce.

De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."

A mayor abundamiento, si vamos mucho más allá en nuestros razonamientos, trayendo a colación el artículo 6.4 del Código Civil, puesto en relación con los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, el contrato celebrado no solamente constituye un fraude a la ley por el contenido abusivo sino también por el continente, cuya nulidad de la totalidad del clausulado debe de ser declarada, con la obligación de restituirse recíprocamente ambas partes las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

En el presente procedimiento, con la nulidad de pleno derecho de la totalidad del clausulado, el actor solamente

debe de reclamar la cantidad prestada con el descuento de lo que se haya abonado, sin que haya lugar a la reclamación de intereses de ninguna clase ni con aplicación de penalizaciones, tasas y recargo, a excepción del interés legal del dinero prestado como consecuencia de la disposición efectuada por la tarjeta de crédito.

Por todo ello, de conformidad con el acervo probatorio practicado y los preceptos legales casados con la jurisprudencia aplicable al presente supuesto de hecho, en aplicación de las reglas de la lógica humana y de la sana crítica, es procedente estimar íntegramente las pretensiones formuladas por la parte actora.

TERCERO.- COSTAS.

De conformidad con los artículos 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es procedente imponer las costas procesales a la mercantil demandada, toda vez que concurre el principio de vencimiento objetivo.

Vistos, los artículos citados y demás de general aplicación y observancia, y en particular, los artículos 1, 14, 24, 53, 117 y 120 de la Constitución Española, por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

F A L L O

Que, **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada de JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO DE ACCIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO, Y, DE ACCIÓN SUBSIDIARIA DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, Y, DE ACCIÓN ACUMULADA DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, promovida por la representación procesal de D. [REDACTED], frente a la mercantil demandada **WIZINK BANK, S.A., DEBO DE DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA TOTALIDAD DEL CLAUSULADO DEL CONTRATO SUSCRITO EN FECHA DE 9 DE MAYO DE 2011, con la obligación de ambas partes, de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, todo ello sin haber lugar a la aplicación de intereses remuneratorios, tasas y recargos de ningún tipo.**

Y, todo ello, con imposición de las costas procesales a la mercantil demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURO DE APELACIÓN** ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ávila que, en su caso, deberá interponerse directamente dentro de los **VEINTE** días siguientes al que se notifique esta resolución (art. 458 LEC según redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas



de Agilización Procesal), previo el cumplimiento de los requisitos regulados en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos originales, tanto al legajo como a la aplicación informática de la Administración de Justicia.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales del legajo y de la aplicación informática de la Administración de Justicia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.