

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2  
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00147/2020

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000568 /2020 SECCIÓN A**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. MARTÍ SOLÀ YAGÜE

DEMANDADO D/ña. SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR EFC, SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

**SENTENCIA**

En la Ciudad de Palma de Mallorca, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte.

, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta Ciudad y su Partido, habiendo visto los autos del **juicio ordinario con el número 568/2020** seguidos a instancia de **DOÑA**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña y defendida por el Letrado don Martí Solà Yagüe, contra la entidad "**SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR EFC, S.A.**", representada por el Procurador de los Tribunales don y defendida por el Letrado don, sobre **acción de nulidad de condiciones generales de la contratación**, se procede a dictar la siguiente resolución, en base a los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por la meritada representación de la parte actora se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que suplica que se dicte sentencia por la que se declare:

1.- SE DECLARE la nulidad de las cláusulas de interés remuneratorio y composición de los pagos del contrato por no superar el doble control de transparencia en cuanto a las condiciones relativas al interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda, y a los costes y precio del contrato;

2.- SE DECLARE la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro de pagos,

3.- SE DECLARE la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago.

4.- Y SE CONDENE a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de las cláusulas declaradas nulas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda mediante decreto de fecha 17 de junio de 2.020, se acordó emplazar a la demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, con el apercibimiento de ser declarada en rebeldía en caso contrario, verificándolo en el plazo al efecto concedido, y formulando oposición, suplicaron la desestimación de la misma, con condena en costas a la actora.

TERCERO. - Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa, durante su celebración asistieron las partes quienes formularon alegaciones en apoyo de sus pretensiones. Seguidamente solicitaron el recibimiento del juicio a prueba, a lo que seguidamente se accedió, proponiendo la parte actora la documental obrante en las actuaciones y más documental consistente en requerimiento de exhibición documental. Por la parte demandada se propuso la documental, admitiéndose todas ellas.

CUARTO. - Tras unir a los autos el resultado de la documental de exhibición documental se confirió traslado a las partes por 10 días para que evacuaran el trámite de conclusiones por escrito, lo que se verificó tanto por la actora como por la demanda, quedando los autos conclusos para resolver mediante diligencia de fecha 14 de octubre de 2020.

QUINTO. En la tramitación de estos autos se han cumplido todas las formalidades legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO. Identificación de las pretensiones de las partes.

La pretensión declarativa y pecuniaria formulada **DOÑA**, trae razón de los siguientes antecedentes de hecho, según el relato que se consigna en el escrito de demanda:

- a) Que en fecha 10 de septiembre de 2.012, DOÑA estampó su firma en un documento de solicitud de tarjeta de crédito, modalidad "Tarjeta Pass"; solicitud que se efectuó en un centro comercial de la conocida marca Carrefour. Que se trata de una consumidora.

- b) Que no se le informó de la modalidad de tarjeta que se estaba contratando y que realmente se convino un contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado y tipo revolvente en el que se estipula una cuota fija que incorpora las comisiones, gastos y seguro con un tipo de interés muy elevado. Que no se le entregaron las condiciones generales del contrato. Y que las condiciones económicas incluidas en el mismo resultan de muy difícil acceso habida cuenta de la letra microscópica empleada por la demandada en su perfección.
- c) Que los extractos mensuales son incompletos y que el contrato de adhesión al seguro con prima mensual vino previamente marcado por la demandada, aparte de ser ilegible dado el tamaño de la letra.

Al amparo de tales premisas DOÑA \_\_\_\_\_, solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de las cláusulas de interés remuneratorio y composición de los pagos del contrato por no superar el doble control de transparencia en cuanto a las condiciones relativas al interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda, y a los costes y precio del contrato; la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro de pagos; la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago y se condene a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de las cláusulas declaradas nulas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito.

La demandada, la entidad "**SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR EFC, S.A.**", formuló escrito de contestación dentro del plazo legal, formulando oposición y solicitando la desestimación de la demanda. La entidad demandada afirma que la nulidad se pretende respecto de una cláusula que regula los elementos esenciales del contrato como es el tipo de interés remuneratorio. Además, resulta plenamente legible y comprensible. Considera que supera el control de incorporación y transparencia material por lo que se opone a considerar las citadas cláusulas como nulas. Se opone también a la consideración de abusiva de la cláusula sobre comisiones intereses usurarios.

Por todo ello considera que no procede la estimación de la demanda por cuanto considera que no ha habido causa de nulidad, ni las cláusulas no superan el control de transparencia, ni son abusivas, por lo solicita se desestime íntegramente la demanda en todos sus pedimentos.

SEGUNDO. - Análisis de la relación jurídica existente. -

El examen de la cuestión litigiosa exige analizar inicialmente la naturaleza de la relación contractual de la que traen causa los pedimentos actores, relación que, por el contenido de los

derechos y obligaciones de los contratantes según se describen en los documentos adjuntados por la representación actora, consiste en un contrato de tarjeta de crédito.

El contrato de tarjeta de crédito es un contrato generalmente complementario del contrato de cuenta corriente, que implica una relación convencional en virtud de la cual se establecen una serie de derechos y obligaciones para el Banco, el cliente y los establecimientos adheridos al Banco para este fin. El Banco (o Caja) se obliga a poner en poder y posesión del cliente la tarjeta, a entregar al titular un justificante de la operación realizada a solicitud del mismo, a facilitar periódicamente al titular un resumen de las transacciones realizadas con la tarjeta, y a llevar un registro detallado de todas las operaciones realizadas con la tarjeta y conservarlo durante el tiempo legalmente establecido. Además, debe no revelar la clave secreta excepto al propio titular, poner a disposición del titular un Centro de recepción de las comunicaciones de pérdida, hurto, robo, uso indebido o falsificación de la tarjeta que funcione 24 horas al día, 7 días a la semana, y adoptar las medidas necesarias para anular y dejar, en estos mismos casos, inactiva la tarjeta.

Supone el contrato una serie de derechos y obligaciones para el titular de la tarjeta, consistentes los primeros en obtener dinero efectivo de los cajeros o de las oficinas del banco en cuestión u otras entidades concertadas a este fin, pagar bienes y servicios en comercios adheridos al banco cedente, y cualquier otro servicio que en el futuro pueda establecerse para su uso por el titular de la tarjeta. Las obligaciones del titular de la tarjeta se resumen en firmar la tarjeta a su recepción, conservarla en concepto de depósito y protegerla razonablemente, no anotar en la misma, notificar inmediatamente al Banco su pérdida, hurto, robo, uso indebido o falsificación, devolver la tarjeta en supuestos de invalidación o cancelación, resolución del contrato o cancelación de la cuenta vinculada a la tarjeta, y destruir la tarjeta caducada, abstenerse de realizar operaciones que den lugar a saldos deudores en la cuenta vinculada, y notificar al Banco lo antes posible la anotación en su cuenta de una transacción no autorizada o cualquier otra irregularidad en el mantenimiento de la cuenta. Los establecimientos adheridos al Banco para los fines de la tarjeta deben permitir al titular de la tarjeta el pago de sus bienes o servicios mediante la misma, debiendo exigir la identidad de la persona que exhibe la tarjeta y comprobar la firma extendida en la factura con la de la tarjeta, así como comunicar al Banco inmediatamente cualquier irregularidad en este sentido.

El contrato de tarjeta está vinculado a una cuenta que el titular de la tarjeta tiene en una entidad bancaria, concretamente en el supuesto que se debate, y de conformidad con la documental aportada por la actora junto con la demanda principal, con la cuenta número . Este contrato, no definido en nuestro Código de Comercio, ha sido delimitado por la doctrina jurisprudencial, contenida, entre

otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1992 y 21 de noviembre de 1997, que ha configurado el contrato de cuenta corriente como una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el servicio de caja, encuadrable en nuestro derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el banco, en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente -abonos y cargos especialmente-, y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista.

En cuanto a su significado jurídico comercial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993 declaraba que *"la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene y que encuentra causa, tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como de créditos que el banco concede a los clientes. Su autonomía la decide al salir del círculo banco-cuentacorrentista, para realizarse mediante las mismas operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados en favor o contra, comisiones y demás autorizados"*.

El titular de la cuenta, ante la falta de fondos, asume una posición deudora frente al Banco o Caja que atiende las órdenes de pago y operaciones efectuadas por el cuenta-correntista, correspondiendo al Banco o Caja acreditar el importe a su favor y en ese supuesto el deudor que no ha repuesto los fondos en descubierto ha de abonar el saldo resultante.

En el presente pleito, no se discute que la atora y la demandada suscribieron un contrato de tarjeta de crédito el 10 de septiembre de 2012, tal y como se acredita a través de la aportación de la solicitud rellena por el actor de la tarjeta de crédito modalidad "T Pass" aportada por la actora como documento nº 3 de la demanda, con sistema de pago a crédito aplazado o "revolving" de amortización de la Línea de crédito con una cuota mensual fija o un porcentaje del crédito dispuesto con un mínimo del 3% del límite de crédito autorizado con un importe mínimo de 15 euros. A la vista de lo expuesto es claro que nos hallamos ante la modalidad de crédito "revolving" caracterizado porque como contrapartida de la facultad de disposición que tiene el usuario, el saldo deudor se va recalculando cada mes en función de los cargos que se efectúen. El tipo de interés nominal (T.I.N.) pactado es

del 1,67% mensual y su equivalente TAE del 21,99% anual - ver documental nº 3 de la demanda -.

Por otra parte, tampoco se ha negado por la actora la existencia del contrato ni que desde el año 2012 haya sido utilizada para efectuar compras o disposiciones en efectivo, y que los cargos se abonasen periódicamente en la cuenta facilitada en el mismo contrato.

TERCERO. - Sobre las condiciones generales de la contratación.

-En primer lugar, se denuncia por el actor que tanto la cláusula de intereses remuneratorios como el modo de amortización de la deuda, los costes y el precio total de contrato de tarjeta de crédito, así como la prima de seguro de pagos son condiciones generales nulas por incumplimiento del control de transparencia.

Y así, el apartado 1 del artículo 1 LCGC señala que: "*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*".

Por otro lado, tampoco es controvertido que las cláusulas controvertidas tienen el carácter de contractual y que su inclusión en el contrato de tarjeta de crédito con consumidores es facultativa. Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos, en la medida en que son cláusulas prerredactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, las convierte en condiciones generales.

No obstante, no sólo no queda acreditado que las cláusulas impugnadas fueran negociadas con la actora, sino que, incluso, ha afirmado la actora, y no contradicho por la demandada, que dicha tarjeta se le ofreció en un centro comercial, lo que es indicativo de la falta de negociación de sus condiciones sin que por parte de la demandada se haya practicado actividad probatoria tendente a acreditar que hubo efectivamente dicha negociación o que el actor pudiera decidir sobre su no incorporación al contrato.

Así, como dice la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

"a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

c) *Imposición*: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) *Generalidad*: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "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", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que tanto la cláusula relativa al intereses remuneratorio como la del modo de amortización de la deuda, los costes y el precio total de contrato de tarjeta de crédito, así como la prima de seguro de pagos, son condiciones generales de la contratación al ser unas cláusulas prerredactadas, destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuestas por la entidad financiera.

-Por otro lado, la E. de M. de la LCGC señala que: "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".

En el caso, nos encontramos ante un contrato que ha sido suscrito entre un profesional y un consumidor.

Respecto a este extremo, el Art. 3 TRLCGC contiene una definición legal según el cual "a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". La SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente "consumidor es aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad

*empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".*

En este caso, no se plantea como hecho controvertido la condición o no de consumidor de la parte actora.

-Ya, por último, debemos recordar que no cabe identificar condición general de la contratación, por más que sea prerredactada e impuesta, con cláusula abusiva, o, en otras palabras, las condiciones generales no son por sí ilícitas ni abusivas, sino que lo serán en la medida en que incurran en los supuestos legalmente previstos.

Y así, 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. En cambio, 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.

A partir de tales consideraciones procederemos a analizar las cláusulas objeto de discusión por la actora y su superan el control de incorporación y transparencia.

CUARTO. - Sobre la nulidad de los intereses remuneratorios por no superar el control de incorporación y transparencia.

Como se ha adelantado, la LCGC tiene por finalidad restablecer el equilibrio contractual que pueda haberse abandonado en la contratación en masa y para ello establece una serie de controles que organiza cronológicamente, y que pueden darse en una misma cláusula, por lo que no son en modo alguno excluyentes. De hecho, como sabemos, el TS en su reciente sentencia de 4 de marzo de 2020 ha reiterado su postura sobre la vigencia y aplicabilidad al caso de la Ley de Represión de la Usura, sin por ello negar la posibilidad de acudir a la normativa de condiciones generales de la contratación como recuerda el Fundamento de Derecho Quinto cuando dice "*el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores*".

Comencemos por repasar los diferentes controles establecidos en la norma para, posteriormente, verificar si el contrato de autos supera los mismos.



Como se ha adelantado, la finalidad de LCGC es garantizar que la parte débil del contrato, esto es, el adherente, no se vea compelido al cumplimiento de ninguna cláusula que, (a) bien desconozca (b) bien sea ininteligible, confusa o ambigua (c) bien sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas, (d) o bien, por último, produzca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Para eliminar cada uno de los problemas referidos la Ley establece un control diferente, si bien una cláusula puede a su vez incumplir simultáneamente varios de estos controles, aunque en cuanto se determine la no superación de alguno de los controles la cláusula habrá de ser eliminada del contrato y no será necesario el análisis de los demás controles, por más que puedan concurrir.

a) A fin de evitar que el adherente deba cumplir con condiciones que desconoce, se establece, en primer lugar, el denominado control de incorporación previsto en el art. 5 que, bajo la rúbrica de requisitos de incorporación, establece:

*"1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.*

*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".*

En los supuestos contemplados en el artículo transcrito prevé el art. 7 a) la sanción que les corresponde: *"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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5".*

Por tanto, la Ley penaliza dichas cláusulas sorprendidas con su no incorporación al contrato, no quedando el adherente, por ende, obligado a su cumplimiento.

Así las condiciones generales de la contratación deben siempre cumplir con lo dispuesto en la LCGC por lo que en atención a lo dispuesto en el art. 5 LCGC las cláusulas únicamente quedan incorporadas al contrato en la medida en que son realmente conocidas de verdad, con anterioridad a la firma del contrato, para que se pueda evaluar la pertinencia o no de su aceptación, además de necesitar ser aceptadas expresamente por el cliente. Hemos de incidir en que la norma habla de conocimiento real, no potencial. En este punto ha de tenerse en cuenta que la obligación de información en el sector financiero es activa y no pasiva o de mera puesta a disposición.

(b) El segundo de los controles previstos en la LCGC es el denominado control de transparencia articulado en los arts.

5.5), 6 y 7 b). Comienza el art. 5.5) indicando que "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". Como solución a los problemas de interpretación derivados del incumplimiento de las exigencias de claridad, sencillez, concreción y transparencia, el art. 6 prevé una serie de reglas de interpretación, a saber:

*"1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.*

*2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.*

*3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil (artículo 1.281 a 1.289) sobre la interpretación de los contratos".*

Para el caso en que las reglas de interpretación expuestas no sean suficientes para resolver la ambigüedad de las cláusulas el art. 7 b) prevé igualmente su no incorporación al contrato.

En resumen, en segundo lugar, la ley prevé que si la cláusula ha sido verdaderamente incorporada al contrato haya de comprobarse que la misma resulta transparente, es decir, comprensible. Para ello ha de verificarse si la cláusula en cuestión es clara, completa, comprensible, sin dobles sentidos, legible. Entran aquí los controles sobre los propios términos utilizados, el tipo de letra, tamaño, formato, etc., el control de la sintaxis de la oración, las contradicciones con otras cláusulas del contrato, etc. El TJUE y el TS han ido alargando el sentido de este control de transparencia incorporando lo que se ha venido a llamar control reforzado de transparencia o control de transparencia contextual. En este control de transferencia reforzado lo que se vigila es que, más allá de que los términos gramaticalmente puedan ser comprensibles y no ofrezcan varias interpretaciones, permitan, además, al cliente conocer qué significan en términos jurídicos y económicos dichas cláusulas. En definitiva, valorar si el cliente ha podido conocer con su lectura la naturaleza, funcionamiento y riesgos del producto y comprender, por tanto, las consecuencias jurídicas y económicas de tales cláusulas. Se trata de valorar, en este caso, si el adherente ha suscrito el contrato con conocimiento de causa o desconociendo el mismo, e incluso creyendo que contrataba cosa distinta de la suscrita.

(c) Por lo que se refiere al tercero de los controles, esto es, el control de legalidad, el art. 8, párrafo 1.º, determina que *"serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en*

ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

En este supuesto habría de analizarse si la condición general litigiosa infringe alguna norma imperativa o prohibitiva, en particular las de transparencia bancaria y, por supuesto, la normativa de protección a los usuarios y consumidores y leyes especiales tuitivas.

(d) Y, por último, en cuanto al control de contenido, recogido en el art. 8.2) LCGC, se remite, para su evaluación, a la normativa sobre protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas. Dicha remisión implica que la cláusula será declarada nula, con sus inherentes efectos legales, cuando la cláusula enjuiciada no respete las disposiciones previstas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente refundida a través del Real Decreto Legislativo 1/2007 de refundición de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios a cuyos textos nos remitiremos, dependiendo de la fecha de formalización del contrato, si bien en este particular presentan un contenido práctico muy similar.

Por otro lado, al hilo de la alegación vertida por la demandada en relación a que la cláusula relativa a los intereses remuneratorios se trata de una cláusula que regula un elemento esencial del negocio jurídico objeto del presente litigio, la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 8 de junio de 2017 resume el alcance y significado del control de transparencia referido a cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato como nos encontramos. En la Jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. De acuerdo con estas sentencias, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Y así, en relación con las condiciones generales que contenían la denominada «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013 y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre, 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015, de 25 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 705/2015, de 23 de diciembre, 367/2016, de 3 de junio, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 171/2017, de 9 de marzo. Conforme nos recuerda la citada STS del Pleno de la Sala 1ª del TS de 8 de junio de 2017, *"en estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores*

**debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.** Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo."

Igualmente, la SAP Barcelona, Sec. 1.<sup>a</sup>, 493/2019, de 22 de julio, entre otras muchas, en su fundamento jurídico tercero señala al respecto:

"**TERCERO. Intereses remuneratorios. Control de transparencia.** A la hora de analizar la cuestión planteada debemos tener en cuenta que el interés remuneratorio es un elemento esencial de contrato, y sobre el tema del control de abusividad de los intereses ordinarios o remuneratorios, hemos de realizar unas consideraciones de carácter general.

El punto de partida es el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril 1993, del que se ha deducido, pese a que no ha sido incorporado a nuestra legislación, que no es posible realizar un control de contenido, o adecuación entre precio y contraprestación, de los intereses ordinarios, en el ámbito de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas, al ser objeto principal del contrato.

**No obstante, el mismo art. 4.2 de la Directiva, permite que las condiciones generales o cláusulas predispuestas que afecten a los elementos esenciales del contrato, puedan estar sometidas a un control de inclusión y de transparencia que implica que su redacción ha de ser clara y comprensible.** Este es el sentido de los arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. La transparencia, en relación con el objeto principal del contrato, garantiza que el consumidor conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte.

La STS 9 mayo 2013, sobre cláusulas suelo, aplica el denominado control de transparencia y acaba anulando las cláusulas suelo sobre las que versaba el pleito. Por lo que ahora interesa, en la referida sentencia se señala que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, este es, definen el objeto principal del contrato, por lo que están exentas del control de contenido que puede llevarse a cabo con el fin de determinar el posible carácter abusivo de la cláusula, es decir, no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones, de tal forma que no cabe un control sobre el precio. Ahora bien, sí pueden ser sometidas al control de transparencia o, en términos de la resolución, a un doble control de transparencia, superando así el inicial control de inclusión al contrato del art. 7 LCGC. Ese segundo control se

aplicaría cuando las cláusulas están incorporadas a contratos con consumidores y en la medida que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, supone que el adherente conozca o pueda conocer, con sencillez, tanto la carga económica que supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica, y al tratarse de un parámetro abstracto se situaría fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del denominado "error vicio".

**En consecuencia, y por aplicación de la doctrina establecida en la anterior sentencia, seguida en SSTS de 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015, si bien los intereses remuneratorios están al margen de un control de contenido, sí que están sometidos, cuando, como en el caso de que nos ocupa, están ínsitos en un contrato celebrado con consumidores, al doble control de transparencia, que va más allá del control de inclusión a que se refiere el art. 7 LCGC, y que suponen que el adherente conozca o pueda conocer la carga económica y jurídica que derive para él del contrato en cuestión."**

Por ello, para determinar si las cláusulas de la tarjeta de crédito que incorpora el sistema de pago revolving o revolvente supera el control de transparencia hay que preguntarse si el consumidor era consciente (había sido informado) de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, la fórmula de amortización a plazo con cuota mensual fija, el TAE real aplicado, el modo de aplicación de los pagos del capital e intereses, la posibilidad de que elección del pago mediante cuotas flexibles podría conllevar que la deuda nunca se redujera sino que creciera indefinidamente, en definitiva, la comprensión de la carga económica y jurídica del contrato, y la respuesta no puede ser otra que la de afirmar que el prestatario no era consciente de que firmaba una tarjeta de crédito con pago aplazado modalidad revolving.

Debemos de recordar que ya la sentencia de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 concretaba el control de transparencia en relación con las cláusulas suelo cuando señalaba:

*"En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

e) *Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".*

En el caso, hemos de partir de la base que la contratación de la tarjeta de crédito analizada se produjo el 10/9/2012 cuando la actora se encontraba en uno de los establecimientos abiertos al público de la marca Carrefour, cuando un comercial del mismo le ofreció a la actora la posibilidad de financiar sus compras mediante la suscripción de una Tarjeta de Crédito al consumo lo que supuso que la actora no dispuso de tiempo para una lectura y comprensión del contrato. Y no consta ni que le informase debidamente del producto contratado ni que se entregasen ni aceptasen en el acto las condiciones generales del mismo. De hecho, las aportadas por la demandante están fechadas a octubre de 2019 lo que impide que, conforme a lo recogido en el artículo 5 en relación con el 7 citado, queden incorporadas al contrato.

Por otra parte, examinado el contrato de tarjeta "T Pass" aportado como documento nº 3 de la demanda se desprende que las condiciones económicas incluidas en el mismo resultan de muy difícil acceso habida cuenta del tamaño de la letra empleada por la entidad demandada en su perfección, haciendo prácticamente imposible su lectura si no es a través de un instrumento de aumento. Por otro lado, no consta que se explique ni el coste total, ni su tipo de interés, ni que se efectuase una comparación con los tipos de intereses oficiales de dicho momento. Téngase en consideración que, precisamente, por tratarse de una tarjeta de crédito de pago aplazado, se define al principio una cuota fija mensual lo que supone que pasa inadvertido el coste mensual en intereses, así como el pago de otros costes añadidos como comisiones, gastos y seguro. Además, el contenido económico del contrato aparece mezclado, con una información aglomerada y prolija en letra minúscula y sin una estructura lógica y comprensible, lo que impide que la actora tuviera la oportunidad de conocer el modo de amortización, el plazo previsible de duración o advertir las diferencias con una tarjeta de crédito estándar. Los intereses son difícilmente localizables en su clausulado, cuando se trata del elemento más determinante. Tampoco existe un ejemplo de la amortización inicial ni del plazo de amortización o que la ampliación del límite de capital repercutía en la amortización. En definitiva, consideramos que el conjunto de cláusulas que repercuten en el precio como la cláusula TAE, o la distribución de pagos entre amortización e intereses, o la flexibilidad de las cuotas, no superan ni el control de incorporación ni el de transparencia por cuanto el cliente no pudo conocer qué significan en términos jurídicos y económicos dichas cláusulas ni se cumple las exigencias expresadas en tanto que no suministra al contratante la información precisa, de manera clara, destacada y separada del elemento esencial y determinante del contrato que constituye la fijación de un interés. En definitiva, ni se supera el control de incorporación ni el de transparencia ya que la consumidora no supo tomar en conciencia la trascendencia jurídica y económica del contrato.

QUINTO. - Sobre el boletín de adhesión al seguro.

Lo mismo puede predicarse respecto de la suscripción de un contrato de seguro de prima mensual. Por un lado, consta que la solicitud fue marcada por la comercial de la entidad financiera demandada - ver aspa en la solicitud del contrato rellena de forma mecánica- sin que conste la marca manuscrita de la actora. Por su parte, al igual que ocurre con el contrato de crédito, las condiciones económicas y jurídicas incluidas en el mismo resultan de muy difícil lectura habida cuenta del tamaño de la letra empleada por la entidad demandada, haciendo prácticamente imposible su lectura si no es a través de un instrumento de aumento y ello con independencia de que no fuera aplicable en el momento de su perfección la exigencia de la dimensión mínima de la letra en un milímetro y medio. En definitiva, dicha cláusula ni es clara, ni comprensible, ni consta que por parte de la demandada se hubiera informado de su existencia y que junto con la suscripción de la tarjeta "revolving", se estaba formalizando al mismo tiempo un seguro de protección de impagos, de forma que su comercialización y contratación se hizo de forma sorpresiva y sin que la demandante advirtiera de su perfección ni su carga económica.

En definitiva, ni se supera el control de incorporación ni el de transparencia ya que la consumidora no supo tomar en conciencia la trascendencia jurídica y económica del contrato en cuestión.

SEXTO. - Sobre las comisiones por impago.

En relación con este extremo, conviene precisar que la actora fundamenta la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de deuda impagada por abusiva.

Es cierto que el contrato prevé la comisión de impagados/por mora/ por gestión de recobro por un importe del 5% del importe pagado, con un mínimo de 24 euros.

Es doctrina de las Audiencias Provinciales - entre otras SAP Zaragoza nº 48/2015, de 23 de enero, entre otras resoluciones-, sobre la invalidez de las comisiones cargadas por las entidades de crédito que no tengan correspondencia con un real servicio prestado por ellas, en este caso la comisión por posiciones deudoras. En consecuencia, esta condición general atinente a la comisión tanto de posiciones deudoras ha de ser declarada nula.

Y así, no consta, y tal prueba era de la demandada, que tal concepto obedeciese a efectivos gastos o servicios prestados por la entidad, en cuanto ni siquiera como gastos de gestión, lo que no se alega. Por otra parte, tales operaciones de gestión del cobro o de cálculo del riesgo, viabilidad e instrumentalización del exceso del límite, son inherentes a la operativa bancaria y no pueden, sin una expresa asunción con plena información y efectiva negociación, ser puestos a cargo de la demandada, con

lo que la imposición de tales comisiones han de ser declaradas nulas.

Como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de abril de 2009, "el Banco de España, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007, expone cuáles son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, estableciendo literalmente "la normativa que regula las comisiones aplicables por las Entidades de Crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la orden de diciembre de 1.989 y norma 3ª de la circular del Banco de España N.º 8/1990 (en adelante CBE N.º 8/1990)", si bien, impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno material y es que respondan a servicios efectivamente prestados que hubieren sido aceptados o solicitados en firme por el cliente, y otro de índole formal y es que se recojan en el contrato y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el Banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público. Es decir, la memoria, a priori, y en relación al cobro de comisión por descubierto, contempla la posibilidad, en tales supuestos, de cobrarse por la Entidad crediticia comisión junto al interés de descubierto, siempre y cuando la comisión responda a un servicio efectivamente prestado".

Por otro lado, la reciente SAP Asturias de 2 de junio de 2017, cuya argumentación reitera en otra posterior de 13 de julio de 2017, se señala que "la validez de las comisiones y entre otras la de apertura, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, **ello es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario**, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo y recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo a la cual "Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de las comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que, si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma".

Y concluye: "En el caso, el cobro de la comisión tal y como está prevista en la(s) propia(s) escritura(s) **implica no sólo el abono de cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a que concretos servicios responden, sino igualmente se aprecia**



**que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder, pues se calculan a tanto alzado, aplicando un porcentaje sobre el importe del principal.**

**En cuanto a la reclamación de la validez de las cláusulas que fijan condiciones por reclamación de posiciones deudoras confirmamos la nulidad por cuanto prevé un coste en abstracto antes de que se genere el gasto que tampoco guarda relación con el importe previsto."**

La cláusula, tal y como aparece configurada en el momento de la contratación, impone de forma automática una comisión del 5% del importe impagado con un mínimo de 24 euros, sin que se prevea que deba justificar la existencia efectiva del gasto, produciendo con ello un importante desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido 1/2007 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y antes LGCU 1984, con lo que la imposición de tales comisiones han de ser declaradas nulas.

SÉPTIMO. - Sobre los efectos de la declaración de nulidad del contrato.

La declaración de nulidad que se insta, debe conllevar la obligación de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones económicas que hubiesen sido materia del contrato con los intereses (art. 1303 del código civil), tal y como se desprende del suplico de la demanda.

El art. 1.303 CC. dispone 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. Dado que el contrato nulo no produce efectos, las consecuencias de la declaración judicial de nulidad tienden a dejar las cosas en el *status quo* inmediatamente anterior a su celebración: lo que técnicamente se denomina «restitución».

Por ello declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse lo percibido por consecuencia del contrato. Así lo han entendido las SSTs de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1954, 23 de octubre de 1973 y 22 de noviembre de 1983.

Por otro lado, han de señalarse dos características de la obligación de restituir:

1. Surge como consecuencia obligada de la sentencia declarativa de la nulidad, sin que sea preciso entablar una acción independiente a la acción ya ejercitada de nulidad. Basta dar un repaso a la jurisprudencia existente sobre la materia, para apreciar cómo las sentencias declarativas de nulidad obligan a reintegrar los bienes objeto del contrato al patrimonio de su transmitente.

2. Es una obligación recíproca y de cumplimiento simultáneo, pues según el artículo 1.308 CC, mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede la otra parte ser compelida a cumplir lo que le incumbe.

3. La restitución, ex artículo 1303 del CC, ha de hacerse in natura (mediante la devolución de los mismos bienes que han sido entregados o han experimentado un desplazamiento patrimonial en ejecución del contrato nulo). No obstante, cuando la restitución in natura sea imposible, deberá hacerse mediante entrega del equivalente pecuniario. En efecto, de acuerdo con el art. 1.307 del CC, siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

Así las cosas, procederá por parte de la demandada restituir al actor las cantidades abonadas por tales conceptos, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, y el actor el capital recibido, más los intereses legales desde su percepción, cantidad que deberá liquidarse en ejecución de sentencia.

OCTAVO. - Costas del procedimiento.

En materia de costas, a tenor de lo previsto en el artículo 394.1 de la LECV, vista la estimación íntegra, procede su imposición a la entidad demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## F A L L O

Se **ESTIMA ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por **DOÑA** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña , contra la entidad "**SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR EFC, S.A.**", representada por el Procurador de los Tribunales don , en consecuencia, se adoptan los siguientes pronunciamientos:

a) SE DECLARA la nulidad de las cláusulas de interés remuneratorio y composición de los pagos del contrato por no superar el doble control de transparencia en cuanto a las condiciones relativas al interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda, y a los costes y precio del contrato;

2.- SE DECLARA la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro de pagos;

3.- SE DECLARA la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago.

4.- Y SE CONDENAN a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de las cláusulas declaradas nulas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito. Por su parte, la actora también deberá restituir el capital recibido, más los intereses legales desde su percepción.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo.