

Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de Llobregat

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 273/2018 -S

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]
Procurador/a: M^{te} Isabel Pereira Mañas
Abogado/a: MARTI SOLÀ YAGÜE

Parte demandada/ejecutada: BANCO CETELEM, S.A
Procurador/a: [REDACTED]
Abogado/a: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 244/2019

Magistrado: [REDACTED]
Hospitalet De Llobregat, L', 24 de julio de 2019

Vistos por mí, D. [REDACTED], los presentes Autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 273/2018, en el que aparecen como parte actora, D. [REDACTED], bajo la representación procesal del procurador Dña. [REDACTED] y con defensa letrada de D. Martí Solà Yagüe; y como parte demandada, CETELEM, SAU, bajo la representación procesal del procurador D. [REDACTED] y con defensa letrada de D. [REDACTED]; resultan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha que consta en autos se presenta por el Procurador de la actora demanda de juicio ordinario, junto con sus copias y documentos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada con entrega de copia de la misma y documentos acompañados con los apercibimientos legales.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, con el resultado que consta en el correspondiente soporte audiovisual; propuesta, admitida y practicada la prueba que, propuesta por las partes, fue considerada pertinente; quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora, se pretende que se decrete la nulidad del contrato de préstamo sin garantía inmobiliaria, celebrado entre las partes en fecha 20 de octubre de 2005, por usurario y, subsidiariamente, por falta de transparencia y/o por abusividad de las cláusulas de interés remuneratorio, variación unilateral de condiciones del contrato, de comisión de impagados y seguro vinculado (del que se, subsidiariamente, se pretende la nulidad por ausencia de consentimiento contractual).

En consecuencia de la ineficacia de la meritada cláusula, pretende la condena de la demandada a los efectos restitutorios derivados de la nulidad.

Frente a esto, la parte demandada; que reconoce su legitimación pasiva ad causam, la existencia y tenor del concreto contrato que se cita en la demanda y su sumisión a lo previsto en la normativa tuitiva de consumidores y usuarios (no se ha impugnado la condición de consumidor de la demandante), se opone a las pretensiones que se le dirigen de contrario defendiendo la plena validez de las cláusulas en cuestión.

SEGUNDO.- Fijadas las cuestiones controvertidas, procede analizar, en primer término, el carácter usurario del tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato, para lo cual debe partirse de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura *“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.*

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

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencia de 25 de noviembre de 2015, recurso 2341/2013 (Roj: STS 4810/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4810) en la que recuerda que *“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 .

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 inesperienza 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.”

Partiendo de la doctrina anterior, debe concluirse plenamente aplicable la Ley de la Represión de la Usura al caso de autos y, no siendo exigible la concurrencia simultánea de todos los requisitos exigidos en el artículo 1, la resolución del presente caso pasa por determinar si el interés pactado es notablemente superior al interés normal del dinero o manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso.

Para determinar si el tipo de interés es notablemente superior o desproporcionado, debe tomarse como base el “precio Medio” fijado en el mercado para operaciones de la misma naturaleza.

En particular, como indica la citada sentencia del Tribunal Supremo “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 acudirse 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 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 este sentido, existe controversia entre las partes sobre el tipo que debe tomarse como referencia, pues la actora postula por el tipo medio ponderado de los créditos al consumo y el demandado por el tipo medio de tarjetas de crédito.

Sobre dicho aspecto, debe acudirse a los tipos de interés publicados por el Banco de España y, así, en materia de “Tipos de interés de nuevas operaciones, Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH, Entidades de crédito y EFC” establece, una distinción entre los tipos medios de las tarjeta de crédito y el tipo medio ponderado de los créditos al consumo, siendo el primero notablemente superior a éste último. En dicha cuatro se hace costar por el Banco de España que en la clasificación de tarjetas de crédito se incluyen “las tarjetas para las que los titulares han solicitado el pago aplazado y tarjetas “revolving”, estableciendo expresamente que “si bien no se dispone de su finalidad, se estima que ésta es fundamentalmente de consumo. De hecho, hasta junio de 2010 se incluía en el crédito al consumo hasta 1 año”.

De este modo, resulta que al tiempo de celebrar el contrato, no existía una categoría propia a nivel comparativo, sino que se entendían incluidas en el concepto de crédito al consumo hasta un año y, dado que debe efectuarse la comparativa conforme al “precio de mercado” al tiempo en que se celebró el contrato y pactó el tipo de interés, no puede sino declararse que el mismo es usurero. Efectivamente, en la fecha de celebración del contrato objeto de autos el tipo de interés de los créditos al consumo oscilaba aproximadamente el 8%, siendo así que se pactó una TAE de 18,72% (actualmente 225,64%).

Expuesta la diferencia entre la TAE pactada y el tipo medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado (la TAE equivalía al 222,32% del tipo medio de los préstamos al consumo); “dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada”; y dado que

en el supuesto enjuiciado no se ha acreditado (por aquel a quien le incumbiría) que concurren “*otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada*” (ninguna prueba o alegación se ha aportado o realizado por la actora a efectos de justificar la fijación de tan alto tipo de interés); no puede sino llegarse a la conclusión de que *el interés remuneratorio* estipulado es “*manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*”.

Por todo lo expuesto, procede declararse el carácter usurario de los intereses remuneratorios estipulados en el contrato, lo que conlleva que el prestatario no debe abonar interés remuneratorio alguno por el capital recibido en préstamo.

TERCERO.- Declarada la nulidad parcial del contrato por el carácter usurario del interés remuneratorio pactado que, en términos indicados por la STS 15/11/2015, es “*radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva –sentencia núm. 539/2009, 14 de julio*”, procede analizar las consecuencias derivadas de dicha declaración.

A este efecto, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Represión de la usura, conforme al cual “*Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*”.

Debe matizarse que, si bien es cierto que la Ley de Represión de la Usura refiere la expresión “será nulo el contrato”, lo cierto es que no se trata de una nulidad total del mismo (véase que no establece la recíproca restitución de prestaciones, lógica consecuencia de la nulidad) sino que, se trata de una nulidad parcial, que afecta exclusivamente a los intereses remuneratorios.

Así se desprende del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura cuando, al determinar que tan sólo estará obligado el prestatario a entregar la suma recibida o el prestamista a devolver, en caso de que hubiera habido pago parcial, lo que exceda del capital prestado, parece mantener el beneficio del plazo, que en su caso se hubiera establecido para la devolución.

De lo contrario, se hubiera establecido expresamente la mera restitución recíproca de las prestaciones.

Finalmente, se sustenta dicha interpretación en la propia sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2015 cuando al fijar las consecuencias de la nulidad declarada establece que, dado que en el caso resuelto el prestamista había entregado más cantidad de la recibida, no entrar a resolver el segundo motivo de recurso que la abusividad de los intereses moratorios (lo que “a sensu contrario” implica que de haberse satisfecho más el prestatario, sí habría analizado dicha abusividad, lo cual solo tiene sentido si subsiste el contrato).

Expuesto lo anterior y tomando en consideración que la actora ha satisfecho íntegramente todas las cantidades debidas en concepto de principal, así como en concepto

de intereses remuneratorios, la apreciación del carácter usurario del préstamo implica la obligación del demandado de devolver a la actora las cantidades que hubiera satisfecho en concepto de interés remuneratorio.

CUARTO.- Resuelto el carácter usurario de la cláusula de intereses remuneratorios, procede analizar la abusividad del resto de cláusulas del contrato.

Es de significar que, si bien es cierto que la parte actora esgrime la abusividad de las cláusulas como pretensión subsidiaria, no debe obviarse que del cuerpo de su demanda se desprende que su pretensión es obtener la nulidad total del contrato y la restitución de prestaciones (deduciendo cualquier tipo de interés, ya sea remuneratorio, ya sea moratorios, así como el importe de cualquier comisión por impago o cuota del seguro vinculado que pueda haberse aplicado y, por tanto, se entiende que se ejercen ambas pretensiones de modo principal).

No obstante, y como quiera que la abusividad es susceptible de ser analizada de oficio por el Tribunal, resulta irrelevante en qué forma u orden se realizan las pretensiones de la parte, quedando excluido dicho control exclusivamente cuando de modo expreso, el consumidor, aceptar estar y pasar por las respectivas cláusulas, lo cual no acontece en el caso de autos.

Pues bien, en relación a la posible abusividad de los intereses moratorios predispuestos por el empresario debe estarse a la pacífica doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que puede sintetizarse en los siguientes pronunciamientos:

- La sentencia de pleno de 22 de abril de 2015 (recurso nº 2351/2012) que, en relación a los préstamos personales, establece que *"La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.*

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal".

- La sentencia de su Sección 1ª de 8 de septiembre de 2015 (recurso nº 1687/2015)

que, también en relación a los préstamos personales, recuerda como “*En la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril , consideramos... que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio, en caso de demora, suponía una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)*”.

- La sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015 (recurso nº 2658/2013), que, en relación a los préstamos con garantía hipotecaria, se limita a afirmar, en lo que a este punto se refiere, que “*el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los préstamos personales*”.

- La sentencia de su Sección 1ª de 18 de febrero de 2016 (recurso nº 2211/2014) que, en relación a los préstamos con garantía hipotecaria, se limita a reiterar lo dispuesto por la anterior sentencia de pleno, a saber, que “*el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los préstamos personales*”.

Sobre la base de la doctrina jurisprudencial expuesta; dado que la distancia entre el interés moratorio y el interés remuneratorio excede de los dos puntos porcentuales en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado el “*umbral de la abusividad*” en materia de intereses moratorios (que, dada la referencia a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe computarse “en cómputo anual”), no puede sino concluirse la abusividad de los estipulados en el presente contrato.

Frente a lo apuntado, no podría prosperar la alegación sobre no estar reclamando los intereses moratorios al tipo pactado, sino a un tipo equivalente a tres veces el interés legal del dinero (artículo 114 de la Ley Hipotecaria) o a cualquiera otro inferior al inicialmente pactado.

Efectivamente; al ser la abusividad una causa de nulidad contractual (de todo o parte del contrato), esto es, un vicio concurrente en el momento del nacimiento de la relación contractual que, de apreciarse, implicaría la erradicación (de origen) de cualquier efecto jurídico que trajese causa de la o las estipulaciones viciadas; debe ser analizado teniendo en cuenta, exclusivamente, lo que resulte de las estipulaciones contractuales efectivamente plasmadas en el contrato y de las circunstancias que concurrieron en el momento de la celebración del mismo. Se trata de sustituir por un equilibrio real el “*equilibrio formal*” que el contrato establece (Sentencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea de 6 de octubre de 2009)

Lo anterior implica; primero, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, que el juicio de abusividad de una cláusula contractual deba referirse al desequilibrio que se aprecia entre los derechos y obligaciones que de ella surgen para cada parte en el contrato, y ello con independencia del uso que de ese desequilibrio haga posteriormente el profesional beneficiado por el mismo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, entre otras); y segundo, desde un punto de vista teleológico, la interpretación realizada por la representación de la parte predisponente de la cláusula impediría el “efecto disuasorio” que el Tribunal de Justicia ha predicado de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas abusivas (Sentencias de 26 de octubre de 2006 y 14 de junio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Efectivamente, si el uso “moderado” o “atemperado” de una cláusula objetivamente abusiva excluyese la posibilidad de su declaración como tal, los profesionales podrían seguir utilizando este tipo de cláusulas de forma indefinida para realizar luego una ponderación de los derechos que ellas le atribuyen frente al consumidor que sea acorde a las corrientes jurisprudenciales imperantes en cada momento.

En la misma línea, tampoco podría sostenerse que la abusividad de la cláusula en cuestión no sea valorable por no constituir el fundamento de la pretensión de la actora, ni haber determinado la cantidad que se reclama (artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que en la presente demanda se están reclamando unos intereses moratorios por encima del interés legal del dinero, que habrán de seguir devengándose hasta la íntegra satisfacción de sus derechos; siendo así que tal posibilidad exige una previsión contractual (válida). Por tanto, dado que la parte está cuantificando una parte de sus derechos con la sola cobertura de una cláusula contractual que es objetivamente nula, procede declarar su nulidad a los efectos de la presente reclamación.

QUINTO.- Declarada la nulidad de la cláusula que estipula los intereses moratorios, procede entrar a analizar cuáles sean los efectos que se derivan de dicha declaración, lo que exige realizar un estudio de la evolución que ha sufrido la jurisprudencia en relación a este extremo.

En esta línea, este juzgador no desconoce la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de abril de 2015 (recurso nº 2351/2012); de 8 de septiembre de 2015 (recurso nº 1687/2015); de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016; de las que se deduce que la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios implica la validez y subsistencia de “aquella parte de la misma” (aquel porcentaje del interés de demora estipulado) que tendría por objeto la remuneración del acreedor hasta la plena satisfacción de su derecho de crédito (que se equipararía al tipo de interés remuneratorio pactado en el contrato).

Efectivamente, la interpretación sostenida por el alto tribunal implica que los intereses remuneratorios que seguirían devengándose tras el vencimiento del plazo de devolución o abono, no se derivan de la aplicación de la cláusula que estipula específicamente la remuneración del prestamista (esta cláusula deja de aplicarse desde el momento en que vence el plazo para el abono de la cantidad aplazada y comienza la situación de mora ya que, en caso contrario, sería plausible que el acreedor que no viera declarada nula su cláusula de intereses moratorios pudiese reclamar al deudor, de forma conjunta y respecto del principal adeudado, la suma de los dos tipos de interés

estipulados, el remuneratorio y el moratorio), sino de aquella parte de la cláusula de intereses moratorios que, al decir del alto tribunal, no tiene por objeto sancionar la mora solvendi del deudor, sino “*seguir remunerando*” al prestamista por la tenencia del capital por parte del prestatario (y que coincide con el tipo de interés remuneratorio que resulte aplicable). En este sentido, la ya citada sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015; establece: primero, que, “*Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: «Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones»*”; y segundo, que, por tanto, “*que la nulidad*” por abusividad de la cláusula de intereses moratorios “*afectará...*”, únicamente, “*...al exceso respecto del interés remuneratorio pactado*”, manteniéndose la validez de lo reclamado hasta el límite de dicho interés remuneratorio.

Pues bien, a pesar de la existencia de la doctrina jurisprudencial expuesta, lo cierto es que, en esta materia, debe estarse (de forma prevalente) a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que goza de efecto directo y primacía respecto del derecho interno de los estados miembros, incluso en los caso de norma interna con rango de ley – sentencias de 9 de marzo de 1978 y 4 de diciembre de 2108, entre otras muchas).

De este modo; y en relación a los efectos que deben anudarse a la declaración de abusividad de una cláusula contractual; no puede obviarse lo dispuesto por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), en la que (analizando la interpretación dada por el Tribunal Supremo español en relación a los efectos que deben anudarse a la declaración de abusividad de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria) se establece expresamente:

1.- Que “*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*” (apartado nº 61).

2.- Que “*las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores*” (apartado nº 71).

Sobre la base de la doctrina expuesta, la declaración de nulidad (por abusiva) de la cláusula que fija la sanción por la mora solvendi obliga, únicamente, a la inaplicación de la misma (en su totalidad), sin que pueda sostenerse que el consumidor deba seguir “pasando” (en su perjuicio) por los efectos de parte de la misma (un porcentaje equivalente al que estaba fijado en la cláusula de intereses remuneratorios), por lo que la solución dada por el Tribunal Supremo debe considerarse contraria a lo dispuesto por la meritada sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia. Y ello a pesar de lo dispuesto por la Sala Quinta del propio Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), que parece (solo lo parece) declarar la conformidad a la normativa europea de la interpretación seguida por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, no cabe duda de que la sentencia de 7 de agosto de 2018; ante la cuestión de “*si la Directiva 93/13 (...) se opone a una jurisprudencia (...) según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula (...) de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato*” (apartado 72); concluye que “*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato*”.

No obstante lo anterior, la misma sentencia contiene pronunciamientos que permiten sostener; primero, que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo no ha sido entendida correctamente en la alta instancia comunitaria; y segundo, que dicha línea jurisprudencial contradice lo expuesto por el Tribunal de Justicia, tanto en la sentencia de la Gran Sala de 21 de diciembre de 2016, como en la propia sentencia de 7 de agosto de 2018; a saber:

En primer lugar, la sentencia reitera una vez más (apartado 73), que “*el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido*”, esto es, debe limitarse a “*la supresión de la cláusula*” (en su totalidad), sin poder mantener la vigencia de aquella parte de la misma que, analizada aislada o separadamente, no sería susceptible de ser declarada abusiva.

En segundo lugar, la sentencia (apartados 75 y 76) expone de forma tajante que “*la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales*”. Y ello en la medida en que; primero, “*el objetivo perseguido*” se consigue “*dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo (...) la validez de las restantes cláusulas del contrato*”; y segundo, que “*de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas*”.

Y en tercer lugar, la sentencia parte (como criterio rector de su resolución) de la

premisa de que, en el derecho español, *“la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago”*; mientras que, *“En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma”* (la resolución expone en su apartado 76 que así se extrae de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo - asunto C94/17-)

Partiendo de lo expuesto, el Tribunal de Justicia ha enfocado la resolución de la cuestión sobre la base de entender; primero, que existe una clara distinción entre los intereses remuneratorios (que retribuyen la contraprestación del prestamista) y los moratorios (que no remuneran, sino que se limitan a *“disuadir”* y, en su caso, *“sancionar”* al prestatario incumplidor e *“indemnizar”* al prestamista por los perjuicios derivados del incumplimiento); y segundo, que estas dos modalidades de intereses se encuentran contenidas en cláusulas contractuales distintas (por eso habla de mantener *“la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios”* – apartado 78 -, así como de que *“es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas”* – apartado 76 -). Todo ello para concluir que la nulidad de la cláusula que estipula los intereses moratorios debe implicar integra inaplicación de la misma, sin afectar, obviamente, a la validez de la cláusula (distinta) que establece el *“precio”* que el prestatario debe abonar al prestamista por la concesión del capital y los plazos fraccionados para su devolución.

Sin embargo (como ya se ha expuesto), la clave de arco de la interpretación seguida por el Tribunal Supremo parte de una premisa distinta, cual es que los intereses moratorios tienen también por objeto (en parte) *“seguir remunerando”* al prestamista por la tenencia del capital mientras se mantenga la situación de mora solvendi y que, por ello, la declaración de abusividad de la cláusula que estipula este tipo de intereses no implica que la misma deje de aplicarse en su totalidad (*“pura y simplemente”*), sino que la cláusula en cuestión siga aplicándose (incluso en perjuicio del consumidor), pero sustituyéndose su contenido por el tipo nominal previsto en la cláusula que regula los intereses remuneratorios (cláusula que, primero, ya no resulta de aplicación en relación a aquellas cantidades respecto de las que el prestatario, vencido el plazo establecido para su devolución, se encuentra en situación de mora solvendi, y segundo, ni es ni ha sido objeto de declaración de abusividad) lo que, a juicio de este juzgador, se opone a la doctrina sentada (y ampliamente expuesta en esta resolución) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto; y como ya se avanzaba; debe procederse a la inaplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expuesta.

Baste citar, a estos efectos, la sentencia de 4 de diciembre de 2018 de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-378/17), a cuyo tenor: *“según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la primacía del Derecho de la Unión exige que los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión tengan la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, si es necesario dejando sin aplicar, en el ejercicio de su propia competencia, cualquier disposición nacional contraria, sin instar su eliminación previa por vía legislativa o mediante cualquier otro*

procedimiento constitucional y sin esperar a que se lleve a cabo tal eliminación (véase, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 17, 21 y 24, y de 6 de marzo de 2018, SEGRO y Horváth, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157, apartado 46 y jurisprudencia citada)”.

SEXTO.- Descartado el efecto anterior (el devengo de intereses remuneratorios con base en la cláusula que estipula los intereses moratorios), procede analizar cuál sea el efecto que deba anudarse a la declaración de abusividad de la cláusula que regula los intereses moratorios, debiendo concluirse (sobre la base de las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y 7 de agosto de 2018, así como del auto de 11 de junio de 2015) que el mismo será, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, el devengo del interés legal del dinero desde el momento en que, conforme al artículo 1100 del citado cuerpo legal, surgió la situación de mora solvendi.

Efectivamente, no ignora este juzgador los pronunciamientos jurisprudenciales (emanados del propio Tribunal Supremo en doctrina consolidada con carácter previo a la sentada a raíz de la ya citada sentencia de pleno de 22 de abril de 2015) que sostienen que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil implicaría una “integración” del contrato que “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, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31)”.

Sin embargo, debe partirse de que lo que prohíbe el Tribunal de Justicia (incluso en la propia sentencia de 7 de agosto de 2018) es el “mantenimiento” de la vigencia de una cláusula abusiva sustituyendo su contenido por el propio de “una disposición supletoria de Derecho nacional” (salvo en 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”); pero no la aplicación de los efectos que el derecho nacional (en su soberanía) anuda o impone, “ope legis”, a una determinada realidad fáctica (el retraso del deudor en el pago puntual a su acreedor de una obligación pecuniaria líquida, vencida y exigible) respecto de la que no existe una previsión contractual (porque la cláusula que “regulaba” en el contrato dicho supuesto de hecho ha sido “expulsada originariamente” del mismo por considerarse abusiva).

En este sentido, la ya citada sentencia de 21 de diciembre de 2016 es meridianamente clara: “la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula” (apartado nº 61). De este modo, la “situación de hecho” a reponer sería que el consumidor ha incumplido la obligación de pago de una cantidad de dinero en el plazo contractualmente estipulado, mientras que la situación “de Derecho” consistiría en que;

primero, el mismo habría incurrido en mora solvendi (artículo 1100 del Código Civil); y segundo, que, por tanto, no existiendo ninguna estipulación contractual que regule los efectos de dicha situación fáctica (“*situación de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido*” la cláusula que ha sido declarada abusiva), el consumidor viene obligado a abonar; “*como indemnización de daños y perjuicios*” y por imperativo legal (no por una práctica empresarial abusiva); “*el interés legal*” del dinero (artículo 1108 del Código Civil).

En apoyo de lo expuesto también debe traerse a colación lo dispuesto en el apartado 43 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, a cuyo tenor: “Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, se encuentran excluidas “*del ámbito de aplicación de esta Directiva (...) las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa*”. Y ello “*por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar*”. Por tanto; dada la situación de mora solvendi en que se encuentra el prestatario (que no se deriva del contrato y sus cláusulas, sino de la legislación nacional imperativa - artículo 1100 del Código Civil -, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva); y dada la ausencia de previsión de las partes en relación a que efectos deben aplicarse a dicha situación (la cláusula que preveía dichos efectos debe ser “*pura y simplemente*” inaplicada, como si nunca hubiera existido); debe acudir a las disposiciones normativas del Estado para el caso de no haberse dispuesto otra cosa por las partes del contrato, esto es, al artículo 1108 del Código Civil.

Finalmente, debe hacerse constar que la adecuación al derecho comunitario de esta solución ha sido expresamente declarada (aunque se trate de una resolución no muy afortunada en su redacción y en su sentido didáctico) por la Sala Sexta del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su ya citado auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), en el que; resolviendo una cuestión formulada por un tribunal español sobre si es conforme al derecho de la unión la aplicación (precisamente) del artículo 1108 del Código Civil en los casos en los que se declare la abusividad de la cláusula de intereses moratorios; se establece (en lo que aquí nos interesa):

“Mediante las presentes cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el Juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las normas nacionales en virtud de las cuales el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado, en determinadas circunstancias, a proceder a un nuevo cálculo de las cantidades que corresponda pagar en aplicación de la cláusula sobre intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario.

A este respecto, es preciso comenzar señalando que el Juzgado remitente considera que la cláusula sobre intereses moratorios del contrato de préstamo hipotecario cuyo cumplimiento se exige ante él es «abusiva»...

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, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 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 de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas...

Una vez recordados estos principios, debe señalarse que del auto de remisión resulta que... el artículo 1108 del Código Civil dispone que, si el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá, a falta de intereses convenidos, en el pago del interés legal del dinero.

Así pues... el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios...

En este sentido ha de recordarse, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las disposiciones del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 38).

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales”.

Por todo lo anterior procede la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios y, por tanto, declarar que, al no existir pacto de intereses moratorios en el contrato, resultaba de aplicación lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil. Por tanto, ante eventuales situaciones de mora solvendi en las que hubiera podido incurrir la actora durante la vida del contrato, habría de estarse a la aplicación a las mismas del interés legal del dinero.

SEPTIMO.- A continuación, procede analizar la validez cláusula que estipula las comisiones por impago. En relación a este tipo de cláusulas, existe discrepancia de criterios en el seno de la Audiencia Provincial de Barcelona. Así como recuerda la Secc. 4ª de la citada audiencia en su auto 75/2016, de 8 de marzo (recurso nº 265/2015), “La Audiencia de Barcelona se encuentra dividida en torno a esta cuestión, y así, mientras resoluciones de la Sección 1ª 2.11.15, 19 de 14.10.15, 14 de 31.1.3, entienden que la cláusula es abusiva, otras como la Sección 13 de 2.3.15, o la 16 de 12.2.14 consideran que la cláusula es válida, siempre que su importe no sea excesivo”, todo ello para concluir, que “Ante la falta de justificación por parte del Banco del cobro de la indicada comisión, entendemos que debemos seguir el criterio de considerar nula dicho cobro, al

no quedar en modo alguno justificados los actos concretos que la pretenden fundamentar”.

Sentado lo anterior, este juzgador hace suyos los argumentos dados por la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto 341/2015, de 2 de noviembre (recurso nº 1006/2014), a cuyo tenor:

“En el contrato de préstamo se pactó, en la cláusula cuarta denominada "Comisiones" que serían a cargo de la parte prestataria en concepto de "Gastos de reclamación por recibo impagado", "Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado".

...

Para la resolución del presente recurso debe partirse, en primer lugar, de lo dispuesto en el artículo 82.1 Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , RD Legislativo 1/2007, según el cual "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (en parecidos términos, el art. 10 bis. Apartado 1 de la LGDCU de 1984), y en el artículo 85.6 del mismo texto, que considera abusivas las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario y, en concreto "6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (En parecidos términos, la Disposición Adicional Primera de la LGDCU 1984 , apartado I, 3ª, "A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: I . Vinculación del contrato a la voluntad del profesional:

3.ª La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones").

Por otro lado, a tenor de lo establecido en el artículo 82.3 del TRLGDCU, RD Legislativo 1/2007 , "3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" (en parecidos términos el art.10 bis.1 párrafo cuarto de la LGDCU 1984 "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa").

Debe también tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 marzo 2013 C-415/11 (caso Aziz), que declaró, interpretando el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ("1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"), al examinar el concepto de cláusula abusiva, que el «desequilibrio importante» creado por tales cláusulas debe apreciarse teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra el consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Para determinar si el desequilibrio se causa «pese a las exigencias de la buena fe», es preciso comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. (Considerandos 68, 69 y 71). El considerando 74 dice así: "en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos".

...

Por lo que se refiere a las comisiones por devolución de recibos, impagados los recibos indicados en la demanda, entraba en juego la cláusula cuarta denominada "Comisiones" que serían a cargo de la parte prestataria en concepto de "Gastos de reclamación por recibo impagado", "Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado", por cuyo concepto se reclamó la cantidad de 100 €, objeto del despacho de ejecución.

Esta penalización deriva de la mora en el pago, y sí supone un incremento desproporcionado de la sanción prevista para el caso de incumplimiento, debiendo, por otro lado responder a servicios efectivamente prestados o a gastos realmente producidos. No consta en autos justificación alguna de que se haya originado a la ejecutante el perjuicio que se reclama, por lo tanto, podemos concluir que la referida cláusula resulta abusiva y de conformidad con el citado artículo 83 LGDCU, será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

Por todo lo cual, procede estimar parcialmente el recurso formulado y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula cuarta del contrato, en la parte referida a la "Comisiones", "Gastos de reclamación por recibo impagado", "Veinticinco euros por recibo vencido y reclamado", y, consiguientemente, procede denegar el despacho de ejecución respecto de la cantidad de 100 €, indebidamente ejecutada, correspondiente a comisiones por recibos impagados".

Partiendo de la doctrina expuesta y, partiendo de la especial naturaleza de la operación, que no constituye propiamente un préstamo, sino una especie de "línea de crédito" con límite máximo de disposición, a través de tarjeta de crédito; no pueden sino considerarse abusivas unas cláusulas que implican una penalización por demora que, por

un día de retraso en el abono de la cuota respectiva, aplica un recargo predispuesto lo que debe considerarse del todo abusivo y desproporcionado (ya que “castiga” sin medir la importancia del incumplimiento que sanciona, imponiendo una cuota fija tanto si el retraso es de un día como si lo es de un tiempo muy superior).

Por tanto, la demandada deberá restituir a la actora las cantidades satisfechas por tal concepto.

OCTAVO.- Sentado lo anterior, analizaremos la posible abusividad de la cláusula relativa que permite a la prestamista a realizar modificaciones unilaterales en el contenido del contrato.

Para la valoración de la abusividad de dicha cláusula debe partirse de lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usurarios de 19 de julio de 1984 cuya Disposición Adicional Primera I. 2ª establecía que “ *La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.*”

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

Por su parte, el actual artículo 82.1 TRLDCU que determina que “*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

Y, el artículo 85 dispone que “*Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:*

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.”

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

Partiendo de lo anterior, no puede sino considerarse como abusiva una cláusula que permite al empresario modificar, no sólo los tipos de interés pactados o gastos repercutibles (sin sujeción a índice alguno de referencia y sin determinación del modo de variación del tipo) sino cualquier tipo de cláusula y condición estipulada en el mismo, sin consignar causas válidas que justifiquen la reserva de dicha facultad.

Así mismo, no sólo se entiende que no reúne aquéllos requisitos sino que la misma causa un claro perjuicio y desequilibrio del consumidor pues, si bien es cierto que se permite al consumidor cancelar el contrato en cualquier momento, no debe obviarse que el consumir podría encontrarse con una modificación que produjera su desinterés en el contrato pero con un saldo deudor que no podría afrontar en pago único de extinguirse. Todo lo cual implicaría la imposibilidad de cancelarlo y la imposibilidad de no someterse a las modificaciones.

En consecuencia, procede la declaración de abusividad de dicha cláusula.

OCTAVO.- Finalmente, la demandante suplica la nulidad radical de la cláusula que estipula el seguro vinculado, siendo así que dicha pretensión no puede ser asumida.

Efectivamente, en relación a su posible nulidad por abusiva, porque se trata de un contrato vinculado (no una cláusula contractual) y, por tanto, no es susceptible de ser declarado nulo en su totalidad (pues incluye elementos definatorios de su propio objeto).

Desde la perspectiva de la transparencia, porque no se trata de producto complejo, oscuro o complicado, que requiera de una mayor información que aquella propia del

control del transparencia formal, que se cumple en el contrato de autos.

Y finalmente, desde el punto de la ausencia de consentimiento, porque lo cierto es que, en el caso que nos ocupando cabe duda de que el consentimiento (aunque pudiera catalogarse de viciado) existió y se exteriorizó a los efectos de lo previsto en el artículo 1261 del Código Civil (de hecho, dio vida a una relación contractual que la parte "mantuvo" vigente durante varios años).

NOVENO.- En relación a los intereses reclamados, son de aplicación los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, por lo que al principal reclamado se le aplicará el interés legal del dinero.

Además, conforme a lo previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a estas cantidades le serán de aplicación el interés por mora procesal equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el momento en que se dicte esta sentencia.

DECIMO.- Establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso, debiendo considerarse que se ha producido una estimación sustancial de las pretensiones del actor (únicamente se habría desestimado la relativa a la validez del seguro vinculado), procede la expresa condena en costas del demandado.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda presentada en nombre y representación de D. [REDACTED] frente a CETELEM, SAU y, en consecuencia:

Primero.- Declarar la nulidad absoluta y originaria de las cláusulas relativas a la existencia y determinación del tipo de interés a abonar por prestatario, la posibilidad de modificar el contenido del contrato por parte de la prestamista y los efectos de la mora solvendi (intereses moratorios y comisiones por impago), contenidas en el contrato de tarjeta de crédito celebrado entre las partes en fecha 20 de octubre de 2005.

Segundo.- Condenar a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad que resulte de la anterior declaración de nulidad (en los términos y con los efectos que se han indicado en la fundamentación jurídica de la resolución), que se determinará, en su caso, en ejecución de sentencia; así como al pago de los intereses de dicha cantidad, que habrá de incrementarse con el preceptivo interés legal del dinero, computados conforme a lo

dispuesto en el fundamento Jurídico noveno de la presente resolución.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, cabiendo contra ella recurso de apelación que habrá de interponerse en el plazo de veinte días y del que conocerá la Iltna. Audiencia Provincial de Barcelona.

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo acuerda, manda y firma, D. [REDACTED], Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Tres de L'Hospitalet de Llobregat.