

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Abogado:
Martí Solà Yagüe

Procurador:

Demandado

Banco Ce telem S A

SENTENCIANº

En Arrecife, a 18 de septiembre de 2020.

Vistos y examinados los presentes autos nº 426/2019, de juicio ordinario por Dª _____, Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Arrecife y su partido; seguidos a instancia de Dª _____ frente a BANCO CETELEM, S.A, ambos con la representación procesal y bajo la dirección letrada que consta en autos, habiendo recaído los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Dª _____ se presentó demanda de juicio ordinario frente a BANCO CETELEM, S.A, haciendo constar los hechos base de su pretensión y alegando posteriormente los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, y terminaba con la súplica de que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda:

- Nulidad del contrato referido por usura y subsidiariamente, a la anterior nulidad por falta de transparencia y/o abusividad de la cláusula de fijación de interés remuneratorio y composición de pagos del contrato.
- Nulidad por abusividad de la cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato y de comisión de impagos del contrato.
- Subsidiariamente, nulidad del contrato de seguro vinculado por falta de consentimiento.

Y en consecuencia, se condene a la parte demandada a la restitución de los efectos dimanantes del contrato declarado nulo o de las cláusulas cuya nulidad sea declarada, con devolución recíproca de los efectos, a pagar los intereses legales y moratorios y al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por medio de decreto de 18 de julio de 2019, se dio traslado por 20 días de la misma a la parte demandada para su personación y contestación, quien en tiempo y forma presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma e interesado el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda.

TERCERO.- Con fecha de 5 de febrero de 2020, se celebró la audiencia previa, ratificándose las partes en sus escritos iniciales, concretando los hechos litigiosos, proponiéndose la prueba por las partes y fijándose la celebración de la vista para el día 19 de mayo de 2020. Acordada la suspensión de dicha vista, se fijó nuevo señalamiento para el día 9 de junio de 2020.

CUARTO.- El día señalado para la vista comparecieron ambas partes, con la representación y bajo la dirección letrada que consta en autos. Abierto el acto, se practicó la prueba propuesta y admitida, formulando a continuación las partes sus respectivas conclusiones y quedando posteriormente los autos vistos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Demanda y contestación. Acción ejercitada.

En el presente caso, por la parte actora se ejercita acción de nulidad por usura del contrato de préstamo suscrito con la parte demandada el 4 de abril de 2011, nulidad por falta de transparencia y/o abusividad de diversas cláusulas y reclamación de cantidad.

La parte demandada se opuso a la demanda formulada de contrario interesando la desestimación de la misma, alegando en síntesis que nos encontramos ante una tarjeta revolving que se utilizan como instrumentos de pago para aplazar las compras, que el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal sino la TAE y que no concurren en el presente caso los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la nulidad pretendida por la parte actora.

Analicemos estas cuestiones.

SEGUNDO.- Análisis de la usura.

La parte actora alega en el hecho primero de su escrito de demanda que la TAE aplicada según los movimientos es del 18,39%, señalando al respecto que la tasa media ponderada de todos los plazos de crédito al consumo es de 8,27 % mientras que el tipo de interés legal del dinero para el año en que se suscribió dicho contrato era del 4 %.

Al respecto, la parte demandada alega que no nos encontramos ante un crédito al consumo, sino ante una tarjeta de crédito con pago aplazado.

Dispone el artículo 1.1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 que: *"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".

A este respecto, resulta de particular importancia la doctrina jurisprudencial fijada por la reciente STS de 4 de marzo de 2020, recurso nº 4813/2019. Comienza dicha sentencia por recordar la doctrina ya establecida en la sentencia del pleno de dicha sala 628/2015, de 25 de noviembre, a saber: *"i) 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. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.*

ii) 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 de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) *La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como «no excesivo» un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del «interés normal del dinero» (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».*

vi) *Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.*

vii) *No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.*

A continuación, viene a explicar dicha STS que el objeto de aquella resolución no fue el determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España.

Es en su Fundamento de Derecho quinto en el que viene a expresar qué ha de entenderse por interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» (en los términos utilizados por la Ley de referencia), señalando que ante la indeterminación de la misma, los tribunales se ven obligados "a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos".

Continúa analizando dicha sentencia que: "4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta revolving concedido a la demandante, que era del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de «interés normal del dinero» y el tipo de interés remuneratorio del crédito revolving objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

6.- El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como «interés normal del dinero» de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

En relación a esta cuestión y en aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial, la reciente SAP Badajoz de 22 de julio de 2020, recurso de apelación nº 1322/2018 viene a clarificar los parámetros a utilizar, destacando que: "(...) La nueva resolución fija los siguientes criterios:

i) el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del interés normal del dinero, del que habla el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, es el interés medio correspondiente a una categoría determinada;

ii) en el caso de las tarjetas revolving ha de acudirse al tipo medio de tales operaciones, no al tipo medio de las operaciones de crédito al consumo;

iii) el tipo medio de las operaciones revolving es de por sí muy elevado;

iv) según el Supremo, un tipo medio algo superior al 20% anual es ya muy elevado; v) cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia, en calidad de interés normal del dinero, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura; vi) en este tipo de operaciones, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, el prestatario puede convertirse en un deudor cautivo, máxime cuando los intereses y las comisiones se capitalizan para devengar el interés remuneratorio; vii) la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico; y viii) una elevación porcentual respecto del interés medio tomado como interés normal del dinero puede determinar el carácter usurario de la operación si existe una diferencia muy apreciable entre el tipo medio (algo superior al 20%) y el interés fijado en el contrato (el 26,82%), lo que permite hablar de un interés notablemente superior.

Trasladadas estas premisas al actual supuesto de hecho, descartamos la usura. El interés no es notablemente superior, en la medida en que no existe una diferencia bastante apreciable entre el tipo medio y el tipo pactado.

En efecto, no se discute que la TAE de la tarjeta de crédito en litigio ascendía al 21,99%. No consta acreditado que, en este caso, ese interés sea notablemente superior respecto del índice de referencia. En 2015, según índice publicado por el Banco de España, el tipo medio de las tarjetas revolving ascendía a 21,13%.

Como puede observarse, sobre el tipo medio, el interés impuesto por "Servicios Financieros Carrefour, EFC, SA" solo se elevaba un 3,58%. En el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, sin embargo, era aproximadamente un 33% superior.

Por ello, el interés remuneratorio en litigio no puede calificarse de desproporcionado, con lo cual no hay tacha de usura y la excepción de pluspetición debe rechazarse. En consecuencia, debemos estimar la demanda y condenar así a la demandada a pagar a "Investcapital, LTD" tres mil doscientos noventa y un euros con setenta y nueve céntimos (3.291,79)."

En el presente caso, la propia parte actora, como decimos, señala que la TAE aplicada es del 18,93 %, debiendo realizarse la comparación en los términos fijados por el Tribunal Supremo, no con el interés normal del dinero ni tampoco con el tipo medio de los créditos al consumo, sino con el tipo medio de las operaciones similares a la de los presentes autos (esto es, un crédito de los denominados revolving). Pues bien, acudiendo a los datos publicados por el Banco de España, resulta que el tipo medio para este tipo de operaciones para el año en que se suscribió el contrato (2011) era del 20,43 %, por lo que tomando como referencia dicho valor, resulta que no es posible apreciar la usura en el presente caso, debiendo en consecuencia desestimarse la pretensión ejercitada con carácter principal por la parte actora, en cuanto a la declaración de nulidad del contrato por usura.

TERCERO.- Análisis de la acción ejercitada con carácter subsidiario en cuanto a la declaración de nulidad del contrato por falta de transparencia y/o abusividad de la cláusula de fijación del interés remuneratorio y composición de pagos del contrato.

Con carácter subsidiario, ejercita la parte actora acción de nulidad por falta de transparencia, alegando en síntesis que no se hace constar ni una sola condición particular del contrato de tarjeta ni tan siquiera de modo legible las condiciones generales, no constando la TAE aplicada, señalando que la cláusula de intereses y composición de los pagos no supera ni el control de incorporación ni tampoco el control de transparencia.

En relación a esta cuestión, destaca entre otras la SAP Oviedo de 28 de mayo de 2020, recurso de apelación nº 97/2020 que: *"(...) TERCERO.- En lo relativo al control de incorporación de las cláusulas que son objeto de la demanda, debe señalarse que todas ellas, incluida la que establece los intereses remuneratorios, pueden ser objeto de control de incorporación, siendo distinto que no pueda ser objeto de control de contenido por formar parte del precio. En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril (RJ 2015, 2042), indica: "[...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE (LCEur 1993, 4091) ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.*

"Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001, 131), asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la

Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 4091) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)". En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal.

5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309), asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C- 308/15) o de hipoteca multividiva (STJUE de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017, 171), asunto C-186/16).

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.020 declara: " En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato."

En el presente caso, la cláusula sobre el modo de pago de tarjeta y sistema flexipago aparece contenida en la condición general A y B, conteniendo un apartado para el Sistema de pago habitual, otro para el sistema de fin de mes, otro para el sistema de crédito revolving, otro para el sistema de crédito flexipago, otro para el préstamo y sus condiciones. Todos los párrafos aparecen pegados, sin separación entre ellos, intercalándose frases muy largas, con caracteres borrosos y muy unidos unos a otros, con fórmulas matemáticas imposibles de descifrar. De la lectura de tales párrafos resulta muy poco probable que el consumidor o cliente pueda hacerse una verdadera idea del coste total del crédito contratado o de su funcionamiento, es decir, resulta prácticamente imposible que pueda representarse el verdadero funcionamiento del sistema del producto contratado, cuyo carácter complejo ha sido ya ampliamente reconocido por la doctrina jurisprudencial.

Al respecto, destaca entre otras la reciente SAP Barcelona de 30 de junio de 2020, recurso nº 378/2019 que: "(...) Que no se aprecie el carácter usurario de la operación por las razones expuestas no quiere decir que no pueda examinarse el carácter abusivo de las cláusulas denunciadas por su falta de transparencia y que esa falta de transparencia no suponga un condicionante que convierta en leoninas las condiciones del mismo, como dijimos en la citada sentencia de 11 de marzo de 2019.

Añadimos que para para este análisis " el punto de partida es elart. 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, al ser objeto principal del contrato, en el ámbito de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas.

No obstante, el mismo art. 4.2 de la Directiva, permite que las condiciones generales o cláusulas predisuestas 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 losarts. 5.5 y7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y80.1 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".

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 al examinar las conocidas "cláusulas suelo" dio carta de naturaleza al denominado control de transparencia y acabó anulándolas. Partiendo de que estas cláusulas formaban parte inescindible del precio que debía pagar el prestatario y que por ello definían el objeto principal y estaban exentas del control de contenido, sí que podían 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 artículo 7 LCGC. Ese segundo control se aplicaría cuando las cláusulas estaban incorporadas a contratos con consumidores y en la medida que se proyectaba sobre los elementos esenciales del contrato, suponía que el adherente conociese o pudiera conocer, con sencillez, tanto la carga económica que suponía 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". Esta doctrina se ha mantenido posteriormente en diversas resoluciones (por todas, SSTS de 8 de junio de 2017 y las más recientes de 20, 23 y 27 de enero, 4 y 19 de febrero de 2020).

Así, recogiendo esa doctrina razona en la sentencia de 20 de enero de 2020 que ese " 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.

(...) A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula".

Y añade, remitiéndose a la STS de 11 de septiembre de 2018 que ni la simple claridad gramatical ni el mero control de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC son suficientes para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia que imponen los artículos 4.2 de la Directiva y 60.1 y 80.1 TRLCU.

Finalmente, en este punto se refiere a la importancia que tiene en una relación con consumidores la información previa " porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar". Se remite para ello a la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 cuando declara en relación al control de transparencia que " reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información" (apartado 44). Y es así porque, como ya decía la STS 170/2018, de 23 de marzo, " la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar".

En el presente caso, el contrato suscrito por los ahora litigantes es de los conocidos como "contratos revolving". A este tipo de contratos nos referíamos en la citada sentencia de 11 de marzo de 2019. Decíamos que en este tipo de contratos se concede la posibilidad de disponer de un límite de crédito determinado, que puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas las cuales pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija. Se pagan así unas cuotas periódicas que se pueden elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad.

La peculiaridad de estos contratos reside en que la deuda derivada del crédito se "renueva" mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente.

Esta peculiaridad tiene sus consecuencias. Por una parte, si se paga una cuota mensual baja respecto al importe de la deuda, la amortización del principal se realizará a un plazo muy largo, lo que puede derivar en que se tengan que pagar muchos intereses. Por otra, hace que no sea posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre, por ejemplo, cuando se contrata un préstamo), al variar la deuda y, en su caso, las cuotas mensuales a pagar.

En su reciente sentencia del 4 de marzo de 2020 señala el Tribunal Supremo que en este tipo de operaciones de crédito se han de tener en consideración " las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor "cautivo", y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio ".

Precisamente por sus propias características, el Banco de España exige a las entidades una especial diligencia que se concreta en lo siguiente: "Aunque no te entreguen un cuadro de amortización, sí deben darte un detalle pormenorizado de las operaciones realizadas -con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos...- de forma que se refleje la deuda pendiente de la forma más clara posible.

En los casos en los que la amortización del principal se vaya a realizar en un plazo muy largo, deberían facilitarte, de manera periódica (por ejemplo, mensual o trimestralmente) información sobre:

El plazo de amortización previsto, este es, cuando terminarás de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota

Escenarios ejemplificativos sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota, y El importe de la cuota mensual que te permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año."

Si bien estas recomendaciones se refieren al comportamiento exigido a la entidad crediticia a lo largo de la vida del contrato, ponen de relieve la dificultad que supone para un consumidor medio aperebirse de la real carga económica que supone la suscripción del contrato que es lo relevante para efectuar el control de transparencia para lo que también se ha de tener en cuenta " el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos"(STS de 4de marzo de 2020).

Entiende esta Juzgadora que el conjunto de tales cláusulas, la disposición de las mismas de forma apelotonada, sin destacar o distinguir unos párrafos de otros, la redacción confusa y borrosa de las mismas y la configuración de los diferentes sistemas de pago así como las explicaciones sobre los mismos impedían que el prestatario pudiera, como decimos, la real carga económica de este contrato. Es más, en la página frontal del contrato, se indica que el sistema de pago habitual es de crédito revolving, con una línea de crédito anual de 299,25 euros y una mensualidad de 29,93 euros, lo que puede generar la confusión en el prestatario de que únicamente va a pagar ese importe mensual, cuando lo cierto es que precisamente por el tipo de sistema de pago y crédito (revolving), se trata de una línea de crédito mediante la cual se pueden realizar utilizaciones y disposiciones hasta el límite máximo autorizado (que por ejemplo, en noviembre de 2018 era de 5.567,86 euros, esto es, casi veinte veces superior al crédito anual que consta en el contrato, a pagar en mensualidades de 167,03 euros). Es en la carta remitida por CETELEM a la hoy actora, en noviembre de 2018, a raíz de la comunicación dirigida por esta última, cuando la entidad prestamista realmente explica de un modo que sí podría resultar comprensible, el alcance y entidad del producto contratado.

Además, por la parte demandada tampoco se ha acreditado que se proporcionara a la hoy actora una información precontractual seria y veraz acerca de las implicaciones de la suscripción del producto contratado, con planteamiento de los posibles escenarios, de manera que la consumidora pudiera tener un conocimiento cabal de la carga real de dicho producto.

Así, tales intereses y las cláusulas que los contienen no han sido redactadas de modo claro ni comprensible, ni aparecen destacados como elemento definitorio del contrato, alusivo al precio convenido, sino enmascarados entre el texto de las condiciones generales junto con otros pactos diferentes de naturaleza secundaria, que diluyen la atención del consumidor (así se pronuncia entre otras, la SAP Madrid de 5 de mayo de 2014).

En conclusión, ha de concluirse que con la simple lectura de esas cláusulas contractuales al consumidor no le era posible hacerse una idea cabal del coste económico de la operación por lo que debe concluirse su falta de transparencia y consiguiente nulidad puesto que provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor a quien no le ha sido posible hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá este contrato (SSTS 8 de junio de 2017 y 20 de enero de 2020).

CUARTO.- Posible abusividad de algunas cláusulas.

La parte actora también interesa que se declare la abusividad de determinadas cláusulas del contrato, para el caso de que no se declarara la nulidad del mismo; a saber, de la cláusula de variación unilateral de condiciones del contrato, cláusula de comisión de impagados y seguro.

En primer lugar, hemos de destacar que por la parte demandada no se ha cuestionado el carácter de condición general de la contratación de tales cláusulas ni la condición de consumidora de la parte actora.

La regulación acerca de cláusulas abusivas se contiene en los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido e la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, concretamente, en los artículos 82 y 83 ellos al señalar el primero de ellos 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"*, declarándolas nulas y tenidas por no puestas el segundo de dichos artículos.

La cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes faculta a la entidad pretamista a la modificación de las condiciones e intereses del presente contrato. Al respecto, destaca entre otras la SAP Guipúzcoa de 15 de febrero de 2016, recurso nº 2346/2015 que: *"El art. 10 bis LGDCU vigente en la fecha de suscripción del contrato disponía en su apartado 1 que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato."*

El art. 14 del reglamento del contrato de autos establece "El presente Reglamento y su Anexo pueden ser modificados por Citibank, quien procederá a comunicar previa e individualmente al Titular cualquier modificación que afecte a comisiones, tipos de interés o gastos repercutibles de la tarjeta-"

Como se ha expuesto, en el citado anexo la entidad financiera recoge el tipo de interés aplicable, así como las comisiones, de forma que se faculta a la misma para modificar unilateralmente elementos esenciales del contrato, como es el referido al tipo de interés remuneratorio, o relevantes (intereses moratorios), lo que supone crear un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes dejando al arbitrio de una sola de ellas el cumplimiento de lo pactado con infracción de lo dispuesto en el art. 1.256 CC (en este sentido SAP de Madrid de 8 de junio de 2015)".

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso de autos, procede declarar nula por abusiva la cláusula quinta de dicho contrato.

La cláusula cuarta del contrato prevé el cobro de una serie de comisiones por impago de 30 euros. En relación a la improcedencia de la reclamación de este tipo de comisiones por el mero hecho de producirse la devolución de un efecto cuyo pago se ha encargado a los servicios bancarios, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 21 del 27 de Septiembre del 2011 (R. 284/2009) que establece que *«El concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta e la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera*

declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, la comisión bancaria de devolución no responde a ningún nuevo servicio efectivamente prestado, por lo que su devengo carece de causa y justificación. El efecto se entrega al banco en gestión de cobro, y ello puede generar correctamente una comisión. El resultado de esa gestión puede generar o que el efecto se pague, en cuyo caso el banco tiene que efectuar un abono en la cuenta del cliente, o que se impague, en cuyo supuesto el banco tiene que devolver el efecto entregado en gestión de cobro al cliente, sin que ello suponga ningún nuevo servicio sino la culminación de la gestión de cobro encargada y por la que ya se percibe una comisión; o como expresa la sentencia de 18 de enero de 2000 de la Sección 12ª de esta Audiencia Provincial, al haber percibido el Banco una retribución por su gestión de cobro, en la misma deben considerarse englobados todos los actos precisos, incluso la restitución al cliente del cheque impagado, debiendo considerarse que dicha devolución del efecto y la notificación de su falta de pago es simplemente la dación de cuenta a que viene obligado todo mandatario o comisionista en base a lo establecido en el artículo 1720 del Código Civil en relación con los artículos 250, 260 y 263 del Código de Comercio, por lo que no puede ser calificada la actuación del banco como servicio nuevo ni diferente. .../...

Este mismo criterio se ha seguido por otros Tribunales, aunque conocemos que la doctrina de éstos dista de ser uniforme, pudiendo citarse al efecto las sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1999, de la Sección 6ª de La Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de abril de 2000, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de marzo y 19 de septiembre de 2000, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de noviembre de 2000, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de mayo de 2002, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de julio de 2007, de las Secciones 4ª Y 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fechas 17 de octubre de 2008 y 14 de abril de 2009 respectivamente, y de la Audiencia Provincial de Salamanca de 8 de febrero de 2010. Por lo que atañe a esta Audiencia Provincial de Madrid, el anterior criterio se ha seguido por la mayoría de las Secciones; así la Sección 8ª en sentencias de 24 de enero y 11 de julio de 2011, la Sección 10ª en sentencia de 11 de marzo de 2008, la Sección 12ª en sentencias de 18 de enero de 2000 y 19 de abril de 2005, la Sección 14ª en sentencia de 14 de enero de 2009, la Sección 18ª en sentencia de 10 de mayo de 2000, y la Sección 19ª en sentencia de uno de abril de 2011 (en sentido contrario la Sección 25ª en sentencia de 21 de mayo de 2008)". En similar sentido, es relevante el criterio mantenido por la doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre la comisión de devolución, que aún en el hipotético supuesto de que las comisiones de descubierto, de devolución o de impago supusieran la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado, ésta deberá consistir en una cantidad fija y establecida previamente con carácter de máximo, no siendo aceptable para el Banco de España que se cobre como un porcentaje sobre el nominal del efecto devuelto, y rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que las justifique y por contravenir el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU EDL 1984/8937, al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios

efectivamente prestados o gastos habidos (en palabras de la Circular del Banco de España 81/1990, de 7 de septiembre)».

A tenor de lo expuesto, debe reputarse nula por abusiva la cláusula relativa al cobro de comisiones por impagos.

En tercer lugar, se interesa por la parte actora que se declare la abusividad de la cláusula relativa al seguro, señalando que se incluyó en el propio clausulado del contrato la suscripción de un seguro de forma sorpresiva, interesando subsidiariamente la nulidad del contrato de seguro vinculado por falta de consentimiento. En el presente caso, no se aprecia la abusividad de dicha cláusula pero sí la ausencia de consentimiento por parte de la hoy actora, por cuanto en la casilla relativa a seguros opcionales, aparece expresamente marcada la opción de "No", a pesar de lo cual la entidad hoy demandada ha venido cobrándole a la prestataria una prima mensual. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.301 y 1.303 CC, al faltar uno de los elementos esenciales del contrato, como es el del consentimiento, procede declarar la nulidad de dicho contrato accesorio de seguro, con las consecuencias legales inherentes.

En consecuencia, a tenor de todo lo anteriormente expuesto, procede la ESTIMACIÓN de la demanda en los siguientes términos:

- Se estima la pretensión ejercitada con carácter subsidiario, en cuanto a la acción ejercitada sobre declaración de nulidad de la cláusula de fijación de los intereses remuneratorios por no superar el doble control de incorporación y transparencia, teniéndolos por no puestos en el contrato y debiendo en consecuencia la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que dicha parte hubiera abonado por dicho concepto.
- Se estima la pretensión ejercitada por la parte actora en cuanto a la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas de variación unilateral de las condiciones del contrato y de comisiones por impagos, debiendo en consecuencia tenerse por no puestas en el contrato y debiendo la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que le hubiera cobrado por dicho concepto.
- Se estima la pretensión ejercitada de nulidad del contrato accesorio de seguro, por ausencia del consentimiento, debiendo la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que se hubieran abonado por dicho concepto.

En cuanto a las concretas cantidades que habría en su caso de abonar la parte demandada, deberá determinarse en ejecución de sentencia, ex artículo 219 LEC, conforme a los extractos de movimientos obrantes en autos.

QUINTO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, procede la imposición de costas a la parte demandada, al haberse estimado las acciones ejercitadas con carácter subsidiario a la de nulidad del contrato por interés remuneratorio usurario. (Entre otras, SAP Barcelona de 22 de junio de 2020, recurso nº 391/2019, al exponer: "(...) Se mantiene el pronunciamiento de costas de la primera instancia, ya que la estimación de la pretensión principal, de la subsidiaria o de cualquiera de las alternativas supone una estimación total y la imposición de costas al demandado (STS 963/2007, de 14 septiembre)".

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

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a frente a BANCO CETELEM, S.A, debiendo en consecuencia:

- Estimar la pretensión ejercitada por la parte actora con carácter subsidiario, en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de fijación de los intereses remuneratorios por no superar el doble control de incorporación y transparencia, teniéndolos por no puestos en el contrato y debiendo en consecuencia la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que dicha parte hubiera abonado por dicho concepto.
- Estimar la pretensión ejercitada por la parte actora en cuanto a la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas de variación unilateral de las condiciones del contrato y de comisiones por impagos, debiendo en consecuencia tenerse por no puestas en el contrato y debiendo la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que le hubiera cobrado por dicho concepto.
- Estimar la pretensión ejercitada de nulidad del contrato accesorio de seguro, por ausencia del consentimiento, debiendo la parte demandada restituir a la parte actora las cantidades que se hubieran abonado por dicho concepto.
- El cálculo de tales cantidades se efectuará en ejecución de sentencia, ex artículo 219 LEC, tomando como base los extractos de movimientos obrantes en autos, en relación al importe objeto de financiación, el importe de las cantidades abonadas por la parte actora y el importe al que ascienden las cláusulas que han sido declaradas nulas, debiendo en consecuencia la parte demandada abonar a la actora la cantidad que resultara del exceso en su caso abonado por esta última.

Todo ello con expresa imposición de costas para la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente pueden interponer recurso de apelación dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, mediante escrito con firma de Letrado, en este juzgado, para cuya admisión deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros.

Por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada-Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

La Magistrada-Juez