

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE BILBAO
BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 7 ZENBAKIKO EPAITEGIA

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 392/2020 - Z

SENTENCIA N.º 160/2021

MAGISTRADA QUE LA DICTA: D.^a

Lugar: Bilbao

Fecha: veinticinco de junio de dos mil veintiuno

PARTE DEMANDANTE: D.^a

Abogado: D.MARTÍ SOLÁ YAGÜE

Procuradora: D.^a

PARTE DEMANDADA: BANCO CETELEM S.A.

Abogado: D.

Procuradora: D.^a

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 04.05.2020 tuvo entrada en el Decanato demanda de juicio ordinario, promovida por la parte antes reseñada, solicitando que, tras los trámites legales, se dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y:

Declare la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda y composición de pagos, y a los costes y precio total del contrato de tarjeta de crédito Media Markt por no superar el doble filtro de transparencia y,

Declare la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro de pagos,
y

Declare la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago y gestión de recobros, y la cláusula de penalización por impago.

Condene a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de las cláusulas declaradas nulas y de los efectos de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas,

hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto, se emplazó a la demandada para que la contestara, lo que efectuó el 30.06.2020, suplicando se dicte sentencia por la que desestime la demanda interpuesta, con expresa condena en costas a la demandante.

TERCERO.- En la audiencia previa las partes mantuvieron sus respectivas posiciones y no proponiendo más prueba que la documental obrante en el procedimiento, quedaron los autos conclusos para sentencia, sin celebración de vista, si bien previamente presentaron conclusiones por escrito.

CUARTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la existencia de otros pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

Formula la **demandante** acción individual de nulidad por no superación del doble filtro de transparencia de las cláusulas que regulan el precio del contrato de tarjeta y de seguro de pagos, y nulidad de cláusulas y prácticas abusivas, todas ellas incorporadas en el contrato sin garantía inmobiliaria, estipulado en condiciones generales de contratación. Indica que la contratación le fue ofrecida el 31.08.2012.

Se extiende sobre

- la contratación y la reclamación extrajudicial.
- el contrato, datos básicos e interés impugnado.
- el examen de transparencia de las condiciones económicas del contrato:
 - / información facilitada antes y durante el contrato
 - / naturaleza compleja del producto objeto de autos
 - / impugnación de las cláusulas que determinan el precio del contrato por no superar el control de incorporación
 - / impugnación de las cláusulas que determinan el precio del contrato por no superar el control de transparencia
 - / impugnación del seguro por no superar el control de incorporación ni de transparencia
- criterio de las Audiencias Provinciales sobre el control de incorporación
- declaración subsidiaria de abusividad de condiciones generales.
- los efectos de la estimación de las acciones ejercitadas, que afirma han de extenderse desde el inicio del contrato y durante el procedimiento hasta la sentencia:

/ Declarada la nulidad de las cláusulas relativas al precio del contrato y el pago de los intereses y de las relativas a la fijación del precio del seguro de pagos, se expulsarán del contrato y siendo esenciales, ello supone la nulidad por entero del contrato, con devolución de todo lo pagado en cualquier concepto que exceda de lo prestado y de todo lo pagado por el concepto de seguro.

/ Declare la abusividad de las cláusulas y prácticas impugnadas (comisión por impago y gestión de recobros, y cláusula de penalización por impago) serán expulsadas del contrato, con nulidad de todos efectos hasta la finalización del contrato, con restitución de aquellos que se hayan producido.

De manera separada solo cita Fundamentos Jurídico-Procesales, invocando preceptos sustantivos entre los Hechos: así los artículos 7.2, 6, 10, 11, 12 y 16 Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo; 5 y 7 LCG y 10 LGDCU; Ley 3/2014 y 80 del TRLGDCU de 2007; 4.2 de la Directiva 93/13; y legislación concordante.

Esgrime la **demandada** que el 31.08.2012 suscribió con la demandante un contrato de tarjeta de crédito "Media Markt", con un tipo de interés mensual TIN de 17,99 % y TAE 19,55 %.

Niega que se trate de un producto complejo, que requiera de una explicación adicional para su comprensión. Recuerda que la demandante declaró haber recibido toda la información precontractual, conforme a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. Señala que la línea de crédito fue ampliada y la demandante aceptó expresamente las condiciones aplicables a su operación.

Subraya que la actora ha estado recibiendo en su domicilio los extractos de la línea de crédito de su tarjeta con carácter mensual, por lo que ha estado perfectamente informada y nunca ha mostrado oposición a ninguno de los conceptos.

Enfatiza que la demandante ha realizado disposiciones por un total de 14.492,97 € y únicamente ha devuelto 13.274,68 €, por lo que, si ahora solicita que únicamente tenga que devolver el importe dispuesto, al menos debería pagar el mismo, esto es, los 1.218,29 € que faltan por pagar.

Explica el funcionamiento de este producto (crédito denominado como renovable o "revolving").

Recalca que las partes tienen la obligación de guardar el contrato y sus copias, y que su redacción es clara y sencilla.

Argumenta sobre:

- el contrato de seguro cuya nulidad se pretende (arts. 1.258 y 1.261 CC y 4, 5 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro, 96 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y 122 a 126 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras).

- comisión por impago y gestión de recobros, y comisión por penalización por mora, cuyo objeto es la recuperación de costes. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de

transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, Circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, y Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Invoca, "respecto a la pretendida abusividad de las cláusulas del contrato", la Ley 1/1998, de 3 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley 26/1984, de 18 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario, y la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Trae a colación la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO.- Relación contractual.

Las obligaciones, según dispone el artículo 1089 del Código Civil, nacen no solo de la ley, sino también de los contratos; las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (art. 1091 CC).

Ha de recordarse que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 C.C), pudiendo los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 CC), sin que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC). Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 CC). Ha de tenerse presente que los contratos son obligatorios siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278 CC).

TERCERO.- Acción individual de nulidad por no superación del doble filtro de transparencia de la cláusula que regula el precio del contrato de tarjeta: Intereses remuneratorios.

Se hacen propias, a este respecto las palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de León Sección: 2, N° de Recurso: 41/2020, N° de Resolución: 263/2020, de fecha 06/10/2020, Ponente: _____, que tratando la cuestión objeto de este fundamento, cuando analiza la acción ejercitada y "a través de la que se interesa se declare la nulidad por abusiva, por no superar ni el control de inclusión ni el de transparencia, la cláusula de intereses remuneratorios del contrato de Tarjeta de Crédito" y argumenta:

"El control de transparencia que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad, conlleva el que la falta de transparencia sea suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio.

La *SSTS de 23 de diciembre de 2015*, señala que "El *art. 4.2 de la Directiva 1993/13 CEE* de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo* *Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 09-05-2013 (rec. 485/2012)*, con referencia a la anterior *sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio* *Jurisprudencia citada SAP, León, Sección 3ª, 18-06-2012 (rec. 400/2012)*, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c* *Legislación citada LDCU art. 10.1.c* en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, *STJUE*) de 30 de abril de 2014, asunto *C- 26/13* , declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto *C-143/13* , ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada *sentencia núm. 241/2013* *Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 09-05-2013 (rec. 485/2012)* , con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Como recordamos en la *sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo* *Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 24-03-2015 (rec. 1765/2013)* , ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por *esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio* , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente

sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El *art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE* conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

En definitiva, el interés remuneratorio no se encuentre exento de cualquier control, pues, de un lado se encuentra el control de validez que resulta de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, si es alegado por la parte y, por otro, el de transparencia que impone la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Así lo indica la *STS de 25 de noviembre de 2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991^a, 25-11-2015 (rec. 2341/2013)* cuando afirma que "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".

El *artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril*, sobre condiciones generales de la contratación, dispone que: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Por su parte, el *artículo 80 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios*, regulando los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, en su redacción vigente a la fecha de solicitud de la tarjeta, establecía que deberían cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En el presente caso, en la solicitud de contrato de Tarjeta de Crédito Media Markt y en concreto en los Datos Financieros se expresa de manera comprensiva y clara que el tipo de interés remuneratorio es el 19,55% TAE, además en la Condición General 16, relativa a Devengo de intereses, se establece que la periodicidad de los intereses será mensual y la fórmula conforme a la que se llevara a cabo el cálculo

de los mismos, siendo gramaticalmente comprensible, y estado todo ello redactado en caracteres legibles superando el control de inclusión, sin que tampoco conlleve una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio, ante lo que ha de considerarse que la cláusula que establece el interés remuneratorio supera el control de transparencia por lo que no procede declarar la nulidad de la misma."

Del mismo modo se ha concluido en el presente caso, en el que en el contrato -más nítido el aportado por la demandada (Doc. nº 2. Fs. 129 y ss.) que el de la demandante (Doc. nº 4. Fs. 46 y ss.)-, recoge en las tres líneas del apartado DATOS FINANCIEROS, tanto el tipo deudor (17,99%) como la TAE (19,55%).

CUARTO.- Acción individual de nulidad por no superación del doble filtro de transparencia de la cláusula que regula el precio del seguro de pagos.

En el anverso del contrato se incluye un epígrafe relativo a Seguros Opcionales. El mencionado documento tiene letra pequeña y resulta farragoso, sin dejar de lado que, aunque está firmado, y se encuentra marcada la casilla correspondiente al "Sí, contrato el seguro opcional", las líneas que a continuación de esa casilla figuran son igualmente con letra pequeña, sin indicar de ningún modo el importe de la prima. Se destaca en negrita previsión relativa al régimen aplicable en caso de enfermedades preexistentes.

En las páginas 4/5 y 5/5 se incluyen "Nota información relativa a las condiciones esenciales del seguro (Art. 105 del Real Decreto 2486/1998) y Boletín de Adhesión", que tienen también letra pequeña, sin que la existencia de subrayados y negritas lo haga más accesible al consumidor dada la composición del texto.

El art. 7 de la Ley 7/98 dispone que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 y aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. A ello se añade la regulación específica contenida en el art. 3 de la ley de contrato de seguro que exige que las condiciones generales se incluyan necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario que se suscribirá por el asegurador, a quien deberá entregársele copia del mismo.

Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 14ª, de fecha 30-1-2014, nº 28/2014, rec. 452/2013. Pte: Uceda Ojeda, Juan, rechaza "el importe exigido en concepto de seguro ya que no se ha acreditado que se informase al consumidor sobre el importe de la prima ni sobre las condiciones en que se iba a contratar el seguro."

En este supuesto no resulta de la documental aportada, que la contratación respetara la normativa reseñada. Por ello no procede sea a cargo de la demandante la cantidad correspondiente.

QUINTO.- Nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago y gestión de recobros, y de la cláusula de penalización por impago.

La sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, N° de Recurso: 725/2017, N° de Resolución: 566/2019, de fecha 25/10/2019, Ponente: _____, declara injustificado el cobro de comisiones por descubiertos y reclamación de saldos deudores, considerando como "Normativa bancaria relevante:

Como ponen de relieve numerosas *sentencias de audiencia provinciales, entre otras la de Madrid, sec. 14ª, de 13 de mayo de 2014* y las que en la misma se citan, la cuestión planteada gira en torno a determinar si las comisiones y gastos por descubiertos cobradas por el Banco están justificadas o, por el contrario, no lo estarían por no haber acreditado éste último haber prestado servicios que justifiquen dicho cobro. Para ello debemos tener en cuenta la legislación bancaria aplicable al caso.

La Circular del Banco de España 8/1990, de 27 septiembre, derogada por la posterior Circular 5/2012 de 27 junio), indica en su Norma Primera, relativa a la publicación de los tipos de interés, que:

"1. Los Bancos, las Cajas de Ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las cooperativas de crédito y las sucursales de entidades de crédito extranjeras publicarán en la forma establecida en la norma quinta las informaciones siguientes:

b) Tipos aplicables en los descubiertos en cuenta corriente.

Las entidades harán constar separadamente, en su caso, los tipos aplicables a los descubiertos en cuenta corriente con consumidores, a los que se refiere el *artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo*, de crédito al consumo (en lo sucesivo, Ley 7/1995).

En dichos descubiertos no se podrá aplicar un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

c) Tipos aplicables en los excedidos en cuenta de crédito, o diferencial penalizador sobre el tipo de interés pactado para el crédito correspondiente.

Los tipos publicados a que se refieren los apartados b) y c) serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuviesen fijados contractualmente otros inferiores. Cuando la Entidad prevea el cargo de comisiones, la publicación incluirá una referencia a las mismas.

La Norma Tercera, en orden a las tarifas de comisiones, detalla que:

1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular.

Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la Entidad realiza habitualmente.

En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad.

Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos - los hipotecarios -, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo.

2. Las Entidades no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos. Se exceptúan de esta regla las comisiones señaladas expresamente como indicativas, según lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado precedente.

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

4. Las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes.

Los folletos se remitirán al Banco de España, antes de su aplicación, y de conformidad con las especificaciones técnicas que se comuniquen al efecto, para que compruebe que se cumplen los requisitos señalados en este apartado".

La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 14 de abril de 2009*, haciendo referencia a que el Banco de España en la Memoria del Servicio de reclamaciones de 2007 expone cuales son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, indica literalmente lo siguiente:

" En la memoria que cita el apelante (que esta Sala ha tenido oportunidad de consultar), expone, al inicio de la misma, cuáles son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, estableciendo literalmente la normativa que regula las comisiones aplicables por las Entidades de Crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la orden de diciembre de 1.989 y norma 3ª de la circular del Banco de España N.º 8/1990, en adelante CBE N.º 8/1990), si bien, impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno material y es que respondan a servicios efectivamente prestados que hubieren sido aceptados o solicitados en firme por el cliente, y otro de índole formal y es que se recojan en el contrato y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el Banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público. Es decir, efectivamente, la memoria, a priori, y en relación al cobro de comisión por descubierto, contempla la posibilidad, en tales supuestos, de cobrarse por la Entidad crediticia comisión junto al interés de descubierto, siempre y cuando la comisión responda a un servicio efectivamente prestado, siendo así que, en el caso de autos, como más tarde se razonará, no se ha acreditado que la comisión cobrada responda a un servicio efectivamente prestado por la Entidad Bancaria. La memoria analizada, prevé en su texto, decimos el cobro de comisión de descubierto junto al interés de descubierto, siempre que la comisión responda a un servicio efectivamente prestado, y así expresa teniendo en cuenta lo anterior, esto es, la naturaleza del descubierto como operación de financiación, y con el objeto de facilitar su análisis, se han agrupado las reclamaciones derivadas de la aplicación de esta comisión con las relativas a comisiones por reclamación de posiciones derivadas de operaciones propias de activos (véase el epígrafe de adeudo de comisiones que no responden a la prestación de un servicio efectivo, del Grupo I, préstamos y otras operaciones activas); al analizar el epígrafe al que nos remite el anterior texto (página 93), comprobamos como el Banco de España, considera una mala práctica bancaria el cobro de una comisión por un servicio no prestado efectivamente, al expresar: En los expedientes relacionados, las entidades adeudaron a sus clientes la citada comisión sin haber acreditado que hubieran realizado gestiones efectivas de reclamación, o que

se cumplieran los requisitos que se indican anteriormente en los criterios generales, para que se estime que la aplicación de esta comisión es conforme con las buenas prácticas bancarias... "

En el punto relativo a la procedencia del cobro de comisiones y sus requisitos se pronuncian en idéntico sentido (haciendo referencia a la citada Memoria) las *sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 2010 (Sección 10^a) y de 3 de mayo de 2011 ."*

En cuanto a la "Valoración de la prueba" señala:

"En el supuesto de autos se plantea una cuestión formal, en orden a la valoración de la prueba, pues en la sentencia de instancia se reprocha a la demandante que no aporta los contratos de cuenta corriente que justifiquen el cobro de las referidas comisiones y, por ello, desestima este aspecto de la demanda. Argumento que realmente no se ajusta a las reglas que sobre la valoración de la prueba establece el *art. 217 LEC*.

Como pone de relieve la *S.TS. 18 de abril de 2013* , la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los *arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y *1.7º del Código Civil* , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y desarrolladas por la jurisprudencia.

En el supuesto de autos la demandante aporta los extractos y recibos correspondientes, con las liquidaciones cargadas en las referidas cuentas corrientes o de depósito que mantiene con la demandada. Por ello el hecho de que efectivamente se han cargado dichas cantidades y lo han sido por los conceptos indicados en cada recibo aparece acreditado, e incluso admitido por la demandada, quien no solo reconoce tales documentos sino que además, como argumento defensivo, mantiene la regularidad y ajuste de tales cargos a lo pactado.

En la presente causa no consta el contenido concreto y el clausulado de los respectivos contratos de cuenta corriente o depósitos a la vista, pues ninguna de las partes ha aportado el documento o documentos que prueben tanto la existencia del contrato, algo que no se niega, como la existencia de un pacto expreso en relación, respectivamente, con la obligación de pagar comisiones por descubierto y por gastos de reclamación de posiciones deudoras y, en su caso, la correlativa obligación del banco de asumir las posiciones de descubierto.

Si la demandada justifica su derecho a cobrar por tales conceptos en la existencia de un pacto expreso en el contrato y tal hecho no está documentalmente acreditado, es indudable que debe asumir los efectos de tal carencia probatoria, pues a la demandante le basta acreditar, como ha hecho, que efectivamente pagó por esos conceptos y negar que la demandada tuviera derecho a cobrarlos. Por ello, ésta debe justificar en qué funda su derecho, siendo insuficiente la invocación genérica del contrato de cuenta corriente o depósito, si no se adjunta la prueba de que se pactaron expresamente tales pagos o comisiones y, en su caso, el contenido de tal pacto. Todo ello a efectos de poder valorar primero si existe la obligación y en segundo lugar si el cargo se ha hecho ajustado a los concretos términos contractuales y a las referidas reglas sobre cargos máximos en materia de comisiones e intereses de demora."

Estima el TS la demanda en el particular, y condena a la entidad demandada al abono de cierto importe porque "constituye la cantidad indebidamente cobrada en concepto de comisión por descubierto y reclamación. Ello porque no consta acreditada siquiera la existencia del pacto sobre comisiones y, en su caso, porque la demandada no ha acreditado la prestación de servicio alguno que justifique su cobro, ni cuál es el contenido concreto de la obligación, en caso de que fuera efectivamente pactada, con lo cual no podemos valorar si realmente en su propia expresión tal pacto sobre comisión es nulo por contrario a la normativa expuesta."

Reseña la demandada gestiones realizadas (telefónicas, cartas, coste del recibo girado) y recuerda que es una cuantía única de 24 € por cuota impagada que se devenga, una vez realizadas las gestiones señaladas. Ni se ha acreditado gestión alguna, ni a cuanto ha ascendido su coste. Se alude en la contestación a la demanda que con el certificado que aporta como documento 4 acredita las gestiones realizadas. Lo cierto es que el documento nº 3 termina en el folio 138 y en el 139 comienza el documento nº 5. En todo caso, no se ha indicado quién sea el emisor de tal certificado ni su contenido.

Además, ha de tenerse en cuenta que en la Condición General 19 lo que se indica es que **"Por reclamación extrajudicial del saldo deudor: 30 euros"** y en la 22 que el impago de una mensualidad a su vencimiento faculta para exigir una penalización por mora del 8% sobre la cuota impagada, con un mínimo de 24 €, que como cláusula penal sustituye a los intereses moratorios.

Resultan de interés por lo que a esta cuestión se refiere los argumentos del auto de la Audiencia Provincial de Girona, sec. 1ª, de 6-11-2012, nº 178/2012, rec. 588/2012. Pte: Ferrero Hidalgo, Fernando, que considera cláusula abusiva, *"en primer lugar, porque, no debe caerse en el error de que porque se cobre un 8% del importe impagado, no se supera el límite del 2,5% del interés legal del dinero, dado que, en la aplicación del interés de demora, no sólo se tiene en cuenta el tipo de interés aplicado, sino también el plazo transcurrido, con lo cual aplicar sin más un porcentaje del 8% a cada recibo impagado, sin tener en cuenta el tiempo transcurrido, debe considerarse como una cláusula claramente abusiva y perjudicial para el consumidor. Y si a ello se le añade otros 30 euros por reclamación extrajudicial, resultaría que por cada cuota impagada y sin tener en cuenta el transcurso del tiempo, automáticamente se estaría reclamando aproximadamente un 16% de cada cuota, lo cual convierte aun más abusivo las cláusulas estipuladas ante el impago."*

Son numerosas las resoluciones que se pronuncian sobre supuestos análogos al presente, si no idénticos, por lo que no se va a extender más la presente resolución, puesto que no hay duda del carácter abusivo de las referidas comisiones, que se han de excluir.

SEXTO.- Conclusión.

Recapitulando, no se acoge la acción de nulidad del interés remuneratorio; sí procede declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro y a las comisiones por impago y gestión de recobros, así como a la penalización por mora.

La demandada no ha aportado la relación de movimientos que se le requirió en la audiencia previa. Siendo así, los datos obrantes en el expediente lo son hasta el 04.06.2020, y suponen que a tal fecha la actora no ha satisfecho ni la totalidad de disposiciones que ha realizado, ni los demás conceptos que se le cobraban y se desglosan en el resumen (F. 138. Pág. 7 del doc. nº 3) y si bien conforme a lo dispuesto en esta sentencia no ha de satisfacer el seguro ni las comisiones, sí ha de atender el pago del principal y los intereses remuneratorios.

SÉPTIMO.- Costas.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en atención a la estimación parcial de la demanda, las costas ocasionadas han de ser soportadas por cada parte las propias y las comunes, si las hubiere, serán satisfechas por mitad.

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

FALLO

Estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra.
, en nombre de D^a _____, contra BANCO CETELEM S.A.,

1.- No ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda y composición de pagos, y a los costes y precio total del contrato de tarjeta de crédito Media Markt.

2.- Declaro la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del precio del seguro de pagos.

3.- Declaro la nulidad por abusividad de la cláusula de comisión por impago y gestión de recobros, y la cláusula de penalización por impago.

4.- Condeno a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de las cláusulas declaradas nulas hasta el último pago realizado, si bien ello no conlleva la condena a pago de importe alguno en el presente procedimiento, por ser la demandante deudora a la demandada de cantidad superior a la que supone dicha restitución.

5.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, serán satisfechas por mitad.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.