

Materia: Nulidad
Resolución: Sentencia 000158/2023
IUP: LR2021183536

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante			
Demandado	BANCO CETELEM, S.A.		

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de MARZO del 2.023.

Vistos por mí _____, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Las Palmas de Gran Canaria los presentes autos de **juicio ordinario número 1553-2022**, seguido entre partes. Como demandante Dñ. _____ y representada por la Procuradora de los Tribunales Dñ. _____ defendida por el letrado D. FRANCISCO de BORJA VIRGÓS de SANTISTEBAN y como demandado la entidad BANCO CETELEM. S.A.U representada por la Procuradora de los Tribunales _____ y defendida por la letrada Dñ. _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Dñ. _____ representada y defendida en autos como se señala en el encabezamiento se presentó demanda, pidiendo lo siguiente:

“ ... CON CARÁCTER PRINCIPAL: Declare que el contrato de línea de crédito Cetelem suscrito entre mi mandante y la entidad demandada de fecha 23 de julio de 2012 es nulo por usurario y, en consecuencia, declare que el prestatario está tan sólo obligado a entregar al prestamista la suma recibida, condenando a la entidad demandada a restituir las cantidades que

ya hubiera recibido de mi mandante que excedan del capital prestado, y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC.

SUBSIDIARIAMENTE:

PRIMERO.- Se declare, que las cláusulas por las que se establece el sistema de cálculo de los intereses remuneratorios en el contrato de línea de crédito Cetelem suscrito entre mi mandante y la entidad demandada, no se deben entender incorporadas al contrato en virtud de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, en consecuencia, conforme al art. 9 de la misma Ley, se condene a la entidad demandada a restituir las cantidades indebidamente pagadas en concepto de interés nominal, y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC.

SEGUNDO.- Declare que la cláusula del referido contrato de línea de crédito por la que se impone una comisión por reclamación de cuota impagada de treinta euros es nula por abusiva, por imponer una indemnización desproporcionadamente alta y, en consecuencia, que la misma condición general se entienda no incorporada al contrato, conforme a los arts. 5 y 7 de la LCGC y, en consecuencia, condene a la entidad demandada a restituir a mi mandante las cantidades que por su concepto haya podido cobrarse y que se determinarán en ejecución de sentencia. A tal cantidad habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC ...”

SEGUNDO.- La demanda se admitió por Decreto, tal como consta en las actuaciones.

La financiera BANCO CETELEM. S.A.U se personó en los autos, representado y defendido como se señala en el encabezamiento.

TERCERO.-La audiencia previa se celebró el 13 de MARZO del 2.023. La audiencia previa se grabó en el sistema ARCONTE.

Respecto de la liquidación la parte no dijo nada.

CUANTÍA PROCEDIMIENTO la parte demandada entiende que es determinable en los intereses usurario y que ascendieron a 3.321,04 €. Se fina la la cuantía en esta cantidad.

Las partes solo propusieron como prueba la documental.

Los autos pasaron a resolver de acuerdo con el artículo 429.8 de la LEC.

CUARTO.- En este procedimiento se han observado sustancialmente todas las prescripciones legales, incluido el plazo para poner sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES y ACCIÓN EJERCITADA.

1.1.La parte demandante solicita como pretensión principal la nulidad del contrato por tener un tipo usurario, solicitando que se le reintegre la diferencia entre lo abonado por todos los conceptos, menos el capital prestado y/o dispuesto.

De forma subsidiaria la parte demandada solicita la nulidad de determinadas cláusulas, bien por falta de transparencia, bien por abusivas.

La parte demandante sostiene:

1º.- Que su patrocinada es un consumidor.

2º.- Que contrató el 23 de JULIO del 2.012, una

3º.- Que el tipo acordado ascendió a TAE del 19,55%. Que el contrato es nulo por ser contrario a las disposiciones contra la usura.

4º.- Que la cláusula no supera el doble control de transparencia, al desconoce la carga económica de estos contratos. Que el tipo está en el contrato en el condicionado general, en una redacción pequeña y difícil de entender.

5º.- Que entiende que no cumple este doble control de transparencia la cláusula sobre los intereses ordinarios y la de reclamación de la posición deudora (información normalizada) en la cantidad de 34 euros por cada posición deudora.

1.2. La parte demandada opone:

1º.- La parte opuso la excepción sobre la cuantía del procedimiento

2º.- Que los tipos no son usurarios.

3º.-Que la cláusula supera el control de incorporación y transparencia.

SEGUNDO.-NULIDAD CONTRATO por USURA. PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

2.1. Debemos de partir de lo resuelto en la STS de 25 de NOVIEMBRE del 2.015 (St. Núm. 628-2015; Rec. Núm. 2341-2013; ECLI:ES:TS:2015:4810) de la STS de 4 de MARZO del 2020 (St. Núm. 149-2020; Rec. 4813-2019: ECLI:ES:TS:2020:60) y ya por último la de 15 de FEBRERO DEL 2023 (St. Núm 258/2023; Rec. Núm. 5790/2019).

En las resoluciones citadas se estudia, este tipo de contratos – tarjetas de crédito- y acuerda la nulidad absoluta de los mismos, por ser contrario a norma imperativa. Concretamente al considerar los tipos ordinarios, abusivos a la luz del artículo 1 de la Ley de represión de la usura.

2.2.Así sistematizando la STS de 25 de NOVIEMBRE del 2015 – que se reitera en la de 15 de FEBRERO del 2023- puedo indicar las siguientes pautas, para acordar la nulidad de estos contratos (fundamento tercero de la resolución, el subrayado es mio):

- Desde un punto jurídico que quebrantamiento normativo se centraría en el artículo 1 de la Ley de represión de la usura, al calificar y definir cuáles con los créditos usurarios, bastando con que concurra uno de los tres supuestos ahí indicados. Así argumenta: “ ... *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*

-También la sentencia pasa a estudiar que debe entenderse por un interés superior al normal del dinero, y desproporcionado a las circunstancias del caso.

Así el tipo de interés referido y del que debe partirse es el TAE.

La referencia a lo superior al normal del dinero, vendría a ser a lo habitual. Esto no significa que en casos excepcionales el tipo de interés pueda ser superior al normal del dinero. Se refiere a operaciones de gran riesgo, son situaciones excepcionales que deben acreditarse. Ahora bien aclara que estos supuestos no concurrirían en préstamos al consumo.

Así la sentencia de forma expresa dice. Sobre el tipo de interés dice:

“ ... El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. 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...”

Es de indicar que la STS de 15 de FEBRERO del 2023, incide en que el tipo de interés del que debe partirse – dentro del contrato – es el TAE. También se refiere de la poca incidencia que tiene- dentro de los cuadros estadísticos del BE- el TEDR, al ser un TAE sin comisiones, y al hacerse la comparación con el interés normal del dinero,

Sobre qué es lo que debe entenderse superior la normal del dinero, dice:

“ ... 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)...”. En el mismo sentido dice también, “ ... Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso,...”

2.3.Lo que hemos citado hasta aquí serían los parámetros para determinar cuando un tipo de interés puede considerarse usurario. Lo que añade la sentencia de TS de 4 de MARZO del

2020, son criterios para determinar con qué tipo de interés – de los publicados por el Banco de España- debe compararse el pactado. Así mismo cuando puede considerarse usurario este tipo. Así tendríamos:

-En el fundamento cuarto de la resolución, se estudia que tipo de interés debe tenerse en cuenta, entre los publicados por el Banco de España. En principio debemos de partir a tipos que coincidan con el mismo crédito, así prestamos personales, con personales, tipos de tarjetas con tarjetas. El problema está cuando no encontramos el contrato, como ocurre con las tarjetas revolving. En tales casos habrá que estar al negocio mas parecido.

Así este fundamento dice: “ ... *Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio...”.*

- En el fundamento quinto hace una valoración, tras la comparación de ambos intereses, mas cuanto se trata de tipos muy altos, incluso los medios publicados por el Banco de España.

En tales caso el TS entiende lo siguiente:

“... *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....”.

2.4. Estos criterios comparativos aquí expuestos se mantienen a la hora de valorar si el interés pactado es superior al normal del dinero, en las STS de 4 de MAYO del 2.022 (St. Núm. 367/2022; Rec. Núm. 812/2019; ECLI:ES:TS:2022:1763) en la STS de 4 de OCTUBRE del 2.022 (St. Núm. 643/2022; Rec. Num. 2108/2019: ECLI:ES:TS:2022:3503), y mas recientemente en la STS de 15 de FEBRERO del 2.023.

Esta última sentencia – STS de 15 de FEBRERO del 2.023- a diferencia de las anteriores, establece de una forma concreta – en seis puntos porcentuales- cuando debe considerarse que el tipo de interés se superior al normal del dinero.

Parte del cuadro estadístico del BE, y distingue dos supuestos:

1º.- Para aquellas tarjetas revolving, anteriores a JUNIO del 2010. En esa fecha no se había publicado cuadros estadísticos, se partió del último TEDR de 19,15 a lo que sumaba por comisiones – entre 20 y 30 centésimas- por lo que normal sería el 19,32. De esta forma sería abusivo aquél que fuese superior al 25,32 %. En este sentido esta STS se alinearía con las de 4 de MAYO y 4 de OCTUBRE del 2022, que consideraba abusivo – para este periodo- aquella superiores al 26 %

2º.- Para aquellas tarjetas revolving, posteriores a JUNIO del 2010, en la que ya hay tabla estadística, se le añadiría al tipo publicado (TEDR) esas 20-30 centésimas y se le sumaría esos 6 puntos. Todo lo que fuese superior sería abusivo. En este sentido este criterio se alinearía con la STS de MARZO del 2020, que estimó abusivo, cuando superaba el tipo normal en 6 puntos.

TERCERO.-NULIDAD del CONTRATO por USURA APLICADO al CASO en CONCRETO.

3.1. Por tanto en atención a lo expuesto en el fundamento anterior, debemos comparar el tipo fijado en el contrato, con el normal del dinero en el tiempo de la contratación.

3.2. EL contrato de autos consta en la documental aportada por los demandantes.

El contrato de TARJETA con la entidad CETELEM se suscribió el 23 de JULIO del 2.012, se fijó un TAE del 19,55%

3.3. El tipo normal para el mismo producto bancario (tarjetas de crédito a pago aplazado), según datos estadísticos del BANCO de ESPAÑA (Tabla 19.4 Banco España) para el mes de JULIO del 2012, el TEDR ascendía a 20,615 %, lo que implica un 20,915 TAE (20,81 % + 0,30 comisiones). En atención a la sentencia citada en el fundamento anterior, la usura sería superior a 26,915 %. El tipo acordado es inferior – unos 19,55 %- por consiguiente está dentro de este umbral, sin que podamos considerarlo usurario.

CUARTO.- NULIDAD de la CLÁUSULA de INTERESES ORDINARIOS por FALTA de TRANSPARENCIA.

4.1. Planteando la cuestión sobre la falta de transparencia de los intereses ordinarios, debemos de indicar que tanto el Tribunal Supremo (en adelante TS), como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante el TJUE), admite la no aplicación de las cláusulas sobre intereses ordinarios, cuando en contrato con consumidores, éstas no cumplen los criterios de incorporación y transparencia fijado en las disposiciones sobre las Condiciones Generales de Contratación.

En tales casos si estas cláusulas no cumplen estos requisitos de incorporación y transparencia, el efecto de la misma sería su no aplicación.

El desarrollo jurisprudencial ha sido el siguiente. El punto de partida es la STS de 9 de MAYO del 2013 (ROJ STS 1916/2013), número 241-2013, que abordó por primera vez – en el supuesto de cláusulas suelo- la posibilidad que éstas fuesen nulas, si no cumplía los requisitos de transparencia. En el mismo sentido va a seguir pronunciándose la STS de 25 de MARZO del 2015 (ROJ STS 1279/2015), número 138/2015) que reincide – quizás con una explicación más clara- en el hecho que estas cláusulas pueden tenerse por no puestas, cuando no son claras y/o transparentes.

El punto de partida para conocer si la cláusula puede tenerse por puesta o no, es determinar si ha habido, primero un conocimiento formal de la cláusula – también llamado incorporación- y luego si ha habido un conocimiento material – también llamado control de transparencia- y referida este último a un conocimiento real de las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula.

4.2. Para entender este control podemos citar la STS de 26 de OCTUBRE del 2020 (St. Núm. 560-2020; Rec. Núm. 2048-2018; LA LEY 151981-2020;ECLI: ES:TS:2020:3558).

En el fundamento jurídico séptimo se refiere a este punto. En el inicia su razonamiento indicando los requisitos que debe cumplir el predisponente para entender incorporada una cláusula, como la que estudiamos. Así dice (el subrayado es nuestro):

“ ... 1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.- La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7, para

establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) 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, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) 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...”

Esta sentencia se refiere a dos filtros, el primero de éstos el del artículo 7, en virtud del cual el adherente debe acreditar que tuvo ocasión real de conocer las disposiciones al tiempo de la celebración. El segundo filtro sería el de la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula y tendría su fundamento en el artículo 5 y 7 de la LCGC.

Por último y de forma resumida dice: “ ... 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...”

Seguidamente la sentencia identifica a este primer filtro como control de incorporación cuando dice en el punto cuarto : “ ... Pues bien, las cláusulas litigiosas sí superan el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluidas en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensibles, dada la sencillez de su redacción...”

Por otro lado el segundo filtro lo identifica en el punto quinto con la transparencia: “ ... desde la perspectiva del segundo control de transparencia, el material o reforzado de los arts. 4.1 y 5 de la Directiva 93/13 y 80.1 y 82 TRLGDCU, es decir, no desde la perspectiva de su "cognoscibilidad" o posibilidad real de conocimiento de las cláusulas litigiosas (propio del control de inclusión o incorporación), sino desde la óptica de la "comprensibilidad" de su naturaleza, y consecuencias en las obligaciones de pago, por un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz...” y sigue diciendo en el fundamento octavo sobre como debe ser ese conocimiento real que se focaliza en las

consecuencias jurídicas o económicas, de la cláusula. Como dice la sentencia citada con la transparencia material se persigue tener un consumidor suficientemente informado.

4.3. Aplicando la anterior doctrina, debemos de concluir que la cláusula sobre los intereses ordinarios es nula por falta de incorporación y transparente.

La cláusula se encuentra incorporada al contrato. Ahora bien no podemos considerar transparente el sistema de abono de intereses, porque no se explica con claridad su liquidación, cómo se determina la cantidad. No se recogen supuestos o ejemplos en la información normalizada. No se explica qué ocurre si se producen disposiciones. Esto es importante porque la complejidad de estas liquidaciones radica en que se van produciendo mas disposiciones, de forma que el consumidor llega un momento en que desconoce la cantidad que adeuda.

Por consiguiente la cláusula debe declararse nula.

QUINTO.- NULIDAD de la COMISIÓN por IMPAGADOS por ABUSIVAS.

5.1. Por parte de la jurisprudencia se ha admitido la nulidad de estas cláusulas cuando se trata de un devengo automatizado, sin justificar el gasto real.

Así podemos citar la STS de 25 de OCTUBRE del 2.019 (St. Núm. 566/2019; Rec. Núm. 725/2017; ECLI:ES:TS:2019:3315).

Esta sentencia en su fundamento cuarto estudia la validez de estas cláusulas en su fundamento cuarto. Así comienza citando la normativa del Banco de España, sobre el devengo de las mismas. Termina resumiendo que para que sea válida su exigibilidad debe reunir una serie de condiciones, así: “ ... *Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio....” , y sigue diciendo: “ ... Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática....”.*

Respecto de la cláusula estudiada por el TS en ese asunto dijo:

“...3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que,

como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial)....” .

Y concluye que esta cláusula era abusiva por lo siguiente:

“ ... 5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU...”.

Debo de indicar por último, que este mismo criterio ha sido seguido por nuestra audiencia, así SAP de 19 de JULIO del 2022, secc. 4ª (St. Núm. 898/2022; Rec. Núm. 822/2021; ECLI:ES:APGC:2022:147),o también la SAP de 23 de JUNIO del 2.023, secc. 4ª (St. Núm. 769/2022; Rec. Núm. 924/2021; ECLI:ES:APGC: 2022:1577).

5.2.Pues bien en el caso de autos debemos de concluir con la nulidad de la cláusula por los motivos siguientes.

La clausula se encuentra acordada en la condición general 19. En la misma una comisión de 30 euros la reclamación extrajudicial del saldo deudor.

La cláusula es abusiva, porque tal como aparece regulada el devengo es automatizado, ante el supuesto del recibo impagado. Además no se vincula a una gestión efectiva, ya que se devenga por el hecho del impago, y no al hecho de que el servicio se hubiese realmente prestado.

SEXTO.- FALTA de INCORPORACION y/o TRANSPARENCIA y ABUSIVIDAD. SUS EFECTOS.

6.1.En cuanto a los efecto de la nulidad de las cláusulas indicadas, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley General de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de ABRIL, sobre condiciones generales de la contratación).

Como sabemos el efecto de las cláusulas estudiadas sería la nulidad (artículo 8.1 de la LGCGC). En esta nulidad se encuentra no sólo aquellas que hubiesen quebrantando los deberes de incorporación y transparencia (artículos 7 y 5 LGCGC), sino aquellas que hubiesen sido declaradas abusivas (artículo 8.2 de la LGCGC).

La nulidad afecta únicamente a la cláusula declarada nula (Artículo 10.1 LGCGC).

Ahora bien es posible que la nulidad no sólo afecte a la cláusula declarada nula sino también a todo el contrato (artículo 9.2 LGCGC). Esto ocurrirá cuando la nulidad o su no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1.261 CC).

De esta forma el artículo 10 de la LGCGC dice:

“... 1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo....”.

6.2.La nulidad del contrato o ineficacia total del contrato, se plantea cuando la no incorporación afecta a los tipos de interés ordinario. Concretamente cuando se acuerda la no incorporación total del tipo ordinario. Sobre todo cuando se refiere a contrato de tarjeta, en el que el interés es el precio por disponer de un contrato. Sin duda la no incorporación deja al contrato sin causa (1.261 del CC), ya que el consumidor dispondría de cantidades sin abonar contraprestación alguna.

Sobre este extremo, no hay unanimidad en las audiencias. Así podemos distinguir dos grupos:

A. Por una parte aquellas audiencias en las que se limitan a declarar nulo o no incorporada la cláusula sobre intereses ordinarios. Es decir no llegan a estudiar o plantearse la nulidad o ineficacia total del contrato.

Así puedo citar SAP de LEÓN, secc. 1ª de 20 de ABRIL del 2021(St. Núm. 324/2021, Rec. Núm.268/2021; LA LEY 80140/2021; ECLI:ES:APLE:2021:602), también la SAP de BARCELONA, secc. 4ª de 28 de JUNIO del 2021 (St. Núm. 405/2021; Rec. 827/2020;LA LEY 129830/2021; ECLI:ES:APB:2021:6930). En el mismo sentido la SAP de la AP de la CORUÑA, secc. 3ª, de 19 de DICIEMBRE del 2.022 (St. Núm. 497/2022; Rec. Núm. 142/2022; LA LEY 342262/2022), de la misma audiencia, pero de la secc. 6ª, la de 14 de NOVIEMBRE del 2.022 (St. Núm. 284/2.022; Rec. Núm. 342/2.022; LA LEY 323811/2022; ECLI:ES:APC:2022:3104).

B. Por otro lado hay otro grupo de audiencias, que acuerda la nulidad de todo el contrato, al afectar a un elemento esencial del mismo, como es el precio.

Así la SAP de GUADALAJARA de 2 de MAYO del 2.022 (St. Núm. 227/2022; Rec. Núm. 213/2021; LA LEY 169034/2022; ECLI:ES:APGU:2022:381), en cuyo fundamento quinto dice (el subrayado es mio):

“ ... Y como se viene señalando por varias Audiencias Provinciales, y atendida la propia

naturaleza del contrato, la declaración de nulidad viene a vaciar de contenido el contrato, por lo que debe decretarse la nulidad en su totalidad, lo que además, no puede estimarse que someta a especial penalización al consumidor cuando las consecuencias vienen a coincidir con lo pretendido por la parte actora en el primer pedimento de su demanda ...”.

En el mismo sentido la SAP de VALLALODID, secc. 3ª de 20 de JUNIO del 2.022 (St. Núm. 346/2022; Rec. Núm. 824/2011; LA LEY 174967/2022; ECLI:ES:APVA:2022:806), (el subrayado es mio):

“... Y en cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de la estipulación sobre intereses remuneratorios, ha de conllevar la nulidad del propio contrato de tarjeta de crédito, por cuanto se trata de un contrato de naturaleza onerosa y la nulidad de la cláusula sobre intereses remuneratorios afecta a un elemento esencial del mismo -el precio- sin el cual la persistencia del contrato no resulta jurídicamente posible es decir, "el contrato no puede subsistir sin tales cláusulas porque su supresión provocaría como consecuencia la modificación de la naturaleza del objeto principal del contrato" (STSJUE 3 de junio de 2019)”

Pues bien en atención a lo expuesto entiendo mas acertado acordar la nulidad total del contrato. Véase que la nulidad afecta a un elemento esencial como es el interés; precio del contrato y causa de las disposiciones efectivos. La nulidad no perjudica al consumidor, porque esta fue su pretensión principal. Tampoco causa un perjuicio a la financiera porque lo contrario supondría la posibilidad de disponer del dinero sin pago de precio.

6.3. Los efectos de esta nulidad total del contrato serán lo del artículo 1303 del CC, será el reintegro de las recíprocas prestaciones.

La parte demanda presentó en la contestación a la demanda liquidación. Sobre la misma se preguntó a las partes en la audiencia, dándola por válida al no presentar la parte demandante una objeción convincente.

El resultado de esta liquidación sería:

Las cantidades dispuestas y abonadas serían las siguientes:

PARTIDA	CANTIDAD
1. Compras totales.	5.434,58 €
2. Pagos realizados.	6.109,4 €
CRÉDITO a FAVOR CONSUMIDOR	674,82 €

De acuerdo con esta liquidación, habría un crédito a favor del consumidor 674,82 €. Por consiguiente cabe la condena de los demandados a esta cantidad, a la que habrá que añadir los intereses de los artículos 1.101 y 1.108 desde la interpelación judicial.

SÉPTIMO.- COSTAS.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, al haber una estimación estimación total de la demanda, cabe la condena al pago de las costas procesales a los demandados.

FALLO

Que ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dñ.
en nombre y representación de Dñ.

y hacer los siguiente pronunciamientos:

1º.-Que debo DECLARAR y DECLARO la nulidad del CONTRATO de TARJETA 23 de JULIO del 2.012, entre Dñ. y la financiera BANCO CETELEM. S.A.U

2º.-Que debo CONDENAR y CONDENO a la entidad BANCO CETELEM. S.A.U a ABONAR a Dñ. la cantidad de SEISCIENTOS SETENTA y CUATRO euros y OCHENTA y DOS céntimos de euro(674,82 €), mas los intereses legales desde la interpelación judicial.

3º.- **CONDENO al pago de las costas procesales a los demandados.**

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo yo
MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número NUEVE de Las Palmas de Gran Canaria y su partido.

EL MAGISTRADO-JUEZ