

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 5 DE TORREJÓN DE ARDOZ

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 11/2022

Materia: Contratos bancarios

GRUPO TRABAJO: 2

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C. S.A.U.

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA N° 73/2023

En Torrejón de Ardoz, a 21 de junio de 2023.

Vistos por mí, D. _____, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia N°5 de TORREJÓN DE ARDOZ los presentes autos de Juicio Ordinario n° 11/2022, sobre nulidad de cláusulas contractuales y reclamación de cantidad, actuando como parte demandante DON _____

representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. _____

y defendido por el Letrado D. Daniel Gonzalez Navarro y como parte demandada ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. _____ y defendida por el Letrado D. _____

; vengo a dictar la presente con arreglos a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora de los Tribunales Sra. _____, en nombre y representación de DON _____, se presentó escrito promoviendo demanda de Juicio Ordinario en fecha 16 de diciembre de 2021, que tuvo entrada en decanato, turnándose después a este juzgado. En el citado escrito rector, con base en los hechos que en ella se exponen y tras invocar los fundamentos de derecho que se estiman de aplicación, se solicita que previo el trámite legal correspondiente, en su día se dicte sentencia por la que estimando la demanda:

I. Con carácter principal, DECLARE la no incorporación y/o la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del interés remuneratorio, al modo de amortización de la deuda y composición de los pagos, y a los costes y precio total del contrato de autos por no superar el doble filtro de transparencia. Y, por tratarse de condiciones esenciales del contrato, DECLARE nulo el contrato y CONDENE a la demandada a que devuelva a mi mandante la cantidad pagada por este, por todos los conceptos

(incluyendo el seguro accesorio y vinculado al crédito), que haya excedido del total del capital efectivamente prestado o dispuesto, más los intereses que correspondan; así como al pago de las costas del pleito.

II. Con carácter subsidiario al punto I, DECLARE la no incorporación y/o la nulidad de las cláusulas relativas a la fijación del interés remuneratorio; DECLARE la nulidad del contrato de SEGURO accesorio al crédito y DECLARE la nulidad por abusividad de la cláusula de indemnización o comisión por reclamación de impago e interés por mora (n.º 10 de las CCGGCC). Y, en consecuencia, CONDENE a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes de la nulidad de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas, en concreto, a que devuelva a mi mandante todas las cantidades pagadas por este en virtud de las cláusulas impugnadas, durante toda la vida del contrato, hasta el último pago realizado; más los intereses que correspondan; así como al pago de las costas del pleito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 7 de febrero de 2022, y emplazada en legal forma la parte demandada, compareció para contestar a la demanda en tiempo y forma por escrito presentado por el Procurador de los Tribunales Sr. López Somovilla, solicitado que se dicte sentencia desestimatoria con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Celebrada el 15 de junio de 2022 la audiencia previa que previenen los art. 414 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ratificaron la demanda y la contestación y, no siendo posible alcanzar un acuerdo sobre la cuestión controvertida, se admitió la prueba propuesta considerada útil y pertinente, siendo ésta únicamente interrogatorio de parte y documental, por lo que se acordó citar a las partes para celebración de juicio en fecha 3 de octubre de 2022.

CUARTO.- En la fecha señalada para la celebración de juicio comparecieron las partes asistidas de letrado y representadas por Procurador y tras celebrarse la prueba con el resultado que es de ver en acta videográfica, se dio trámite de conclusiones a las partes quedando después los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia ante la sobrecarga de trabajo de este juzgado y las eventualidades acaecidas entre febrero y mayo de este año.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Alega la parte demandante, que ostenta la condición de consumidor y carece de experiencia y conocimientos en el mercado financiero y su operativa, y que con tal condición, concertó en fecha 21 de noviembre de 1996 con la entidad Hispamer Servicios financieros, contrato de solicitud de tarjeta de crédito “Alcampo”, así como boletín de adhesión al contrato de seguro asociado a la misma. Se

alega de igual modo que la contratación se efectuó en centro comercial, por personal no especializado que no facilitó al contratante las condiciones generales adscritas al contrato. La parte demandante no aporta contrato ni condiciones particulares, aduciendo que carecen del mismo y que se ha reclamado a la entidad la aportación de copia u original del mismo, no habiendo sido facilitadas más que las condiciones generales, sobre las que se incide en que nunca llegaron a facilitarse a la contratación. Sin perjuicio de no aportar documentación contractual, la parte actora aporta: fecha de contratación, 21 de noviembre de 1996, datos de identificación del destino del crédito, que consistía en la Adquisición de bienes y servicios de consumo, y una identificación del tipo contractual como contrato de Tarjeta de Crédito de pago aplazado tipo revolvente y cuota flexible, sin que sea precisa la apertura de cuenta corriente en la citada entidad emisora. Se aportan recibos mensuales de la tarjeta y Resumen de movimientos desde agosto de 2010 a febrero de 2021.

Se aduce que las Condiciones Generales de la Contratación, a las que ha tenido acceso, demuestran su carácter no negociado, y su condición de impuestas y predispuestas por el oferente, presentando un clausulado ilegible, con un minúsculo tamaño de la letra. La tipografía del documento y la exposición a juicio del actor harían realmente complicado conocer cuáles fueron las condiciones financieras reales establecidas y más concretamente el tipo de interés remuneratorio del contrato y el método su aplicación sobre el capital prestado.

Sostiene además la parte actora que en los recibos mensuales (DOC. 5 de la demanda) se puede apreciar cómo la mercantil demandada ha estado cobrando una serie de cuotas relativas a un seguro accesorio y vinculado al contrato de tarjeta de crédito durante toda la vida de este. Sobre este particular se alega que además de ser accesorio y estar vinculado al contrato de crédito, adolece de los mismos defectos que el contrato del que trae causa. Se pone en cuestión además de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios y la contratación de un seguro, la imposición de una serie de comisiones de reclamación de cuota impagada, y la imposición de un tipo de interés por mora, sobre las que se formula una impugnación relativa a su carácter abusivo y a la inexistencia de los controles de incorporación y transparencia relativos a su condición de condiciones generales de la contratación.

La demandada ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. reconociendo haber sucedido a la entidad inicialmente contratante, comienza su argumentación oponiendo una excepción de prescripción de la acción sostenida de contrario. Previamente se había planteado una excepción de impugnación de la cuantía, resuelta en sede de audiencia previa. En segundo término sostiene la demandada que la no aportación del contrato, ha sido suplida con la aportación de las condiciones generales del mismo, y sosteniendo la inexistencia de oscuridad en el clausulado incorporado al contrato de tarjeta, pone en duda que la parte actora desconociera la operativa de crédito revolving. Finalmente se niega la condición de abusivas de las cláusulas impugnadas y se solicita la desestimación de la sentencia.

SEGUNDO.- Tras formular como excepción previa, la impugnación de la cuantía del procedimiento, alegando la no existencia de indeterminación de la cuantía del pleito planteada por la actora en su escrito de demanda, cuestión ya resuelta en sede de audiencia previa, se alega por la parte demandada como uno de sus argumentos fundamentales de su defensa la ausencia de prueba documental que fundamente la pretensión de la actora, en este caso, contrato que vincula a las partes. Resulta curioso que aun cuando se formula esta alegación el documento contractual y la obligación que soporta es descrito con todo detalle por la demandada, que llega a aportar un pliego de condiciones generales de la contratación que en cierto modo ha sido admitido por ambas partes como coincidente con el aportado en su día al contrato y de hecho se presenta como prueba documental por la parte actora.

Nos hallamos ante un procedimiento en el que se insta la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrita entre el actor y una entidad bancaria, que exigiría la aportación inicial del contrato como documento en la que la parte actora funda su derecho el contrato que vincula a los actuales litigantes por exigencia del art. 265 LEC. Este contrato no fue aportado por la actora como le correspondía por ser el documento que servía de base a su pretensión, y la propia demanda indica la imposibilidad de aportarlo, motivo por el cual con carácter previo a la presentación de la demanda ya había dirigido reclamación previa a la ahora demandada en donde le exponía que el contrato de tarjeta que mantenía con esa entidad presentaba un interés notablemente superior al dinero y le solicitaba copia del contrato y las liquidaciones desde la contratación (doc. nº 2). Sin que en la contestación remitida por el servicio de reclamaciones y atención al cliente de la entidad demandada (doc. N°3) hubiese aportado copia del contrato. Contrato que tampoco fue aportado con la contestación pese a advertirse en la demanda la ausencia de contrato, sin que quepa admitir el contrato tipo aportado. Interesada por la actora como prueba la aportación del contrato, sin que se haya aportado hasta la fecha por la entidad bancaria, por lo en este caso la ausencia de aportación del contrato a efecto de determinar las condiciones del mismo recae sobre la demandada, y las consecuencia que esa ausencia pueda conllevar en cuanto al análisis del interés remuneratorio aplicado, dándose por aceptada por ambas partes la fecha de contratación de 21 de noviembre de 1996, si bien ningún extracto o relación de movimientos se ha aportado con carácter anterior a fecha de 20 de agosto de 2010 .

A mayor abundamiento, la relación contractual y la existencia de tarjeta es un hecho indubitado desde el momento en que es la parte demandada la que está enviando as liquidaciones periódicas de la tarjeta (doc. nº 1 y 1.1 de la contestación), indicando en los distintos recibos la TAE aplicada.

A la vista de la documental obrante en autos, se constata que entre la demandante y la entidad antecesora de la demandada se suscribió, al menos un contrato de tarjeta de crédito, cuya antigüedad ha sido aceptada por ambas partes constando

extracto de movimientos aportados por la demandada y demandante, cuyo primer movimiento data de fecha 20 de agosto de 2010, con actividad hasta el momento de presentación de la contestación a la demanda. Se admite que la identificación de la tarjeta se corresponde con la nº . De los extractos aportados se constata que a lo largo del periodo 2010 a 2021, la TAE aplicada era de 19,14%.

Tampoco resultaría discutido que la entidad Hispamer, después Accordfin España, Servicio Financiero de Crédito SLU, que suscribió dicho contrato, cambio de denominación , pasando a denominarse Oney servicios financieros EFC S.A.

TERCERO.- Constituye pretensión principal del escrito rector, la petición de declaración de nulidad de la cláusulas insertas, que inicialmente fundamenta la parte en el artículo 6 de la Ley 16/2011, de 24 de julio de contratos de crédito al consumo, ley solo en vigor desde el 25 de septiembre de 2011, refiriéndose a Condiciones Generales de Contratación comprendiendo no solo los intereses remuneratorios sino también las comisiones, seguro, y todas cláusulas que impliquen gastos que deba afrontar el cliente y le supongan un coste. Acude también la parte actora al artículo 82 de la Ley de consumidores y usuarios (1/2007), entendiendo que deben ser consideradas como abusivas parte de las cláusulas incorporadas al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que operando en perjuicio del consumidor genera un desequilibrio importante de derechos y obligaciones que se deriven del contrato para cada una de las partes. Se alega por otro lado que la cláusula que fija el tipo de interés no puede superar los controles de incorporación y transparencia por la falta de claridad, concreción y sencillez, al haberse ocultado a la parte actora con incumplimiento de la normativa imperativa aplicable, sosteniendo que la escasa información dada al consumidor le impedía conocer la carga real del contrato.

Se solicita se tenga por no puesta la citada cláusula y en consecuencia se proceda a la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de intereses y comisiones por no superar el control de transparencia.

Pues bien, en la relevante STS nº 149/2020, Sala Primera, de 4 de marzo de 2020 se analiza la pretensión de nulidad de un crédito revolving únicamente desde la perspectiva de la Ley de Represión de la Usura, por ser la acción que se había ejercitado en aquel procedimiento, y no desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). Sin embargo, el TS admite la posibilidad de analizar la cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de crédito "revolving" desde la perspectiva de la LCGC, y no desde el criterio de la abusividad determinado por TRLGDCU. Así, haciéndose eco de la doctrina fijada por la misma Sala, en su Sentencia nº 628/2015, de 25 de noviembre afirma: "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.” La argumentación del TS para excluir este control del tipo aplicado como abusivo, pivota sobre la consideración de que el pacto sobre intereses remuneratorios, en un contrato de crédito o préstamo, constituye una cláusula esencial y no accesorio, en la medida en que sirve para fijar la contraprestación que recibirá la parte acreedora por el hecho de prestar una determinada cantidad de dinero. El interés remuneratorio es el "precio" del "servicio" ofrecido por el banco o empresario a su cliente, entregando una cantidad dineraria o financiando una operación, y aceptando que el deudor devuelva esa suma de manera aplazada. Por tanto, esa cláusula constituye un elemento esencial del contrato, similar al precio en la compraventa. En consecuencia, no procede hablar propiamente de una cláusula que pueda considerarse abusiva y tenerse por no puesta.

Si acudimos al art. 4.2 de la Directiva 13/93/CEE observamos que 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"*. De este modo, puesto que el interés remuneratorio es el precio que se paga por tomar dinero a préstamo durante un cierto periodo de tiempo, o por recibir una financiación con la posibilidad de retornar la cantidad recibida de una forma aplazada, la cláusula que establece tal interés ordinario forma parte esencial del contrato y, consecuentemente, queda excluida de cualquier control de abusividad. El control de abusividad sólo puede proyectarse sobre cláusulas no esenciales del contrato, es decir, aquéllas que, caso de ser suprimidas, no afectarían a la subsistencia del mismo. No obstante, ello no significa que los intereses remuneratorios se encuentren excluidos de control judicial, y es aquí cuando entra en juego la aplicación de la LCGC. Esa cláusula puede ser analizada desde la perspectiva del control de transparencia que exige la LCGC, así como mediante la confrontación de la relación contractual con la normativa contemplada en la LRU.

En el caso de autos la medida que se solicita es la de tener por no puestas determinadas cláusulas insertas en el contrato por la falta de sencillez, claridad y concreción de sus cláusulas, por lo que procedería analizar su pretensión desde el punto de vista de la LCGC.

A la vista de la documental obrante en autos, se constata que entre la parte demandante y la entidad HISPAMER, antecesora de ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. a la que esta habría sucedido, se suscribió un contrato de *"Tarjeta De Crédito-alcampo"* en fecha 21 de noviembre de 1996. El contrato original, con su clausulado inserto y su reglamentación propia (condiciones particulares) no se aporta. Si bien ambas partes coinciden en señalar a las condiciones generales aportadas por ambas partes como las propias del contrato. Tan solo disponemos por tanto, de las bases contractuales mínimas, en un documento no firmado fechado el 21 de noviembre de 1996. Se constata que en el citado préstamo, asociado a una tarjeta de la

operativa tipo “revolving”, se pactaba un T.A.E: 19,14%, TAE que permanece invariable a lo largo del periodo de 2010 a 2021.

Si realizamos una inducción a partir de los elementos acreditados, comprobamos que nos hallamos ante un procedimiento en el que se insta la nulidad de varias cláusulas de un contrato de tarjeta de crédito suscrito entre el actor y una entidad bancaria. Este contrato sirve de base a la pretensión de la parte actora, pero ya la propia demanda indica la imposibilidad de su aportación, si bien precisa la fecha de su suscripción, motivo por el cual con carácter previo a la presentación de la demanda había dirigido reclamación previa a la ahora demandada en donde le exponía que el contrato de tarjeta que mantenía con esa entidad presentaba un interés notablemente superior al dinero y le solicitaba copia del contrato y las liquidaciones desde la contratación (doc. nº 2 de la demanda). En la contestación remitida por el servicio de reclamaciones y atención al cliente del ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. (doc. Nº3) no se facilitó copia del contrato a la parte actora. Contrato que tampoco fue aportado con la contestación pese a advertirse en la demanda la carencia del mismo y haberse interesado por la actora como prueba a requerimiento “*inter partes*”, la aportación del mismo, sin que se haya aportado hasta la fecha por la entidad bancaria.

Cierto es que la normativa invocada por la parte actora, la obligación de entrega del documento contractual referido a la operación de que se trata, deviene de la obligación de conservación custodia de esta documentación por las entidades bancarias, esto es, la norma sexta de la Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre, dirigida a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, y del art. 15 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, sin embargo dichas normas no establecen consecuencias jurídico-privadas derivadas de dicho incumplimiento. Sin embargo, cabe traer a colación lo manifestado en STS nº 547/2021 de 19 Jul. 2021, Rec. 4983/2018, resolución que refiere: “*no cabe duda de que la entrega de la documentación contractual es exigible (arts. 1258 y 1096 CC). Ello con independencia, naturalmente, de otras consecuencias que puedan derivarse en cada caso de la falta de cumplimiento (que, por ejemplo, puede retrasar el cómputo del plazo del desistimiento del contrato cuando ello sea posible, cfr. art. 28 de la Ley 16/2011; o determinar la falta de incorporación de aspectos no recogidos adecuadamente en el contrato; o las consecuencias que en cada caso procedan de la omisión de determinadas menciones obligatorias, que pueden variar según los casos desde su integración a la nulidad del contrato). La obligación de entrega del contrato es una prestación legal accesoria o complementaria de las obligaciones asumidas contractualmente por las entidades que sirve para probar la existencia del contrato y su contenido (art. 1258 CC). La finalidad de esta normativa que impone la obligación de entrega del documento contractual es permitir que el cliente pueda comprobar que se ha plasmado de manera correcta lo acordado, tenga constancia de lo contratado y pueda comprobar durante la ejecución del contrato si se está cumpliendo adecuadamente. Aunque las normas tampoco establecen el momento exacto en el que debe entregarse el contrato, atendiendo a su finalidad, podemos concluir que, si por las*

circunstancias de su celebración no se hace en ese momento (contratos a distancia), será exigible inmediatamente. En función de las circunstancias es razonable igualmente reconocer que el cliente pueda solicitar su entrega durante el tiempo que se mantenga la relación contractual (como ya hacen algunas de las normas mencionadas, por ejemplo, para los servicios de pago)”.

A criterio de este juzgador, atendida la condición de consumidor de la parte actora y la mayor facilidad probatoria de la entidad bancaria, la ausencia de aportación del contrato a efecto de determinar las condiciones del mismo debe imputarse a la demandada, y en consecuencia los efectos derivados de esta ausencia deben recaer sobre la entidad bancaria. A mayor abundamiento, la relación contractual y la existencia de la tarjeta es un hecho indubitado desde el momento en que es la parte demandada ha sido la que está enviando las liquidaciones periódicas de la tarjeta (doc. nº 3 de la contestación), indicando en los extractos recibos la TAE aplicada, lo que en suma determina que la parte demandada dispone del clausulado y de las condiciones que ha de aplicar y la conoce la razón de los incrementos paulatinos en los tipos aplicados.

A la vista de la documental obrante en autos, se constata que entre la demandante y la entidad antecesora de ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. se suscribió, al menos un contrato de tarjeta de crédito, cuya antigüedad ha sido acreditada mediante las bases aportadas por la parte actora y los extractos obrantes en autos aportados por demandante y demandada. No resulta por tanto de dicha documental que la parte actora tuviera conocimiento de las condiciones financieras de la tarjeta de crédito, por cuanto no se ha aportado el contrato ni consta que se diera información previa. El hecho de que la parte demandada remitiera los extractos al cliente no justifica ese conocimiento, que además, ha de venir referido al momento anterior a la contratación. La LCGC establece en protección del consumidor que las cláusulas contractuales han de ser transparentes, claras, concretas y sencillas, pero la ausencia del contrato impide revisar ese carácter además de que imposibilita conocer si el mismo cliente llegó a leerlas, y mucho menor que de esa lectura se difiera una comprensión aceptable de la carga económica derivada. Las características complejas del contrato revolving, unidas a la inexperiencia del cliente en ese tipo de operaciones, afirmación no contrarrestada por la demandada, propicia el que se opere con ese producto en grave perjuicio del propio cliente, pues junto a las cuotas, se recarga de manera automática el límite de disposición, que opera así solo de una manera virtual y que facilita el que se supere sobradamente el límite del crédito.

De todos modos, si aplicamos la [LCGC](#) al caso de autos y al pliego de condiciones que las partes señalan como más probable de haber constituido la base documental del contrato, observamos que el instrumento concertado entre entidad y cliente, por la tipología del clausulado predispuesto y no negociado, su redacción en tipografía minúscula, no aparenta haber superado el control de transparencia, considerando que en este caso la regulación que opera es doble, tal y como se encargó de señalar la STS de 9 de mayo de 2013. El primer control, de inclusión o

incorporación, actúa en la fase de perfección del contrato, y busca garantizar la correcta formación de la voluntad contractual del adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento y viene determinado por la [LCGC](#). Con independencia de que el contrato se suscriba o no por un consumidor, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de incorporación conforme a los [arts. 5.5 y 7 LCGC](#), que exigen su redacción conforme a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, con exclusión de aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, o sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El segundo control, también llamado "control de transparencia cualificado", o de contenido, busca determinar si el adherente conoce o puede conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato, 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 tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. En este caso debemos incidir en lo ya expuesto, no se acredita que el demandante recibiera el clausulado del contrato, ni que conociera con precisión los pormenores de la aplicación del tipo específico que se aplicaba, con la relación con los límites de capital dispuesto. Del interrogatorio de parte tampoco se puede constatar la existencia de elementos que permitan aseverar la existencia de una información suficiente al consumidor, habiéndose firmado la tarjeta ante personal del centro comercial Alcampo, prácticamente en el momento de compra del mobiliario que motivo la operación.

En relación con los intereses remuneratorios pactados, se señala por la parte demandante la infracción de los controles de inclusión y transparencia de la cláusula controvertida. Básicamente, se señala que este tipo de interés remuneratorio, y la modalidad de pago "revolving" fueron impuestos unilateralmente por la entidad financiera, sin que el demandante hubiese podido tener conocimiento de su existencia, ni tampoco posibilidades de negociarla, ni de conocer su trascendencia económica. Así, el carácter abusivo de esta condición general se fundamentaría en el hecho de no haber sido negociada individualmente, trasgrediendo el principio de buena fe contractual, provocando un desequilibrio injustificado en contra del cliente bancario. La parte demandante no ha acreditado la existencia de elemento que permita obviar tal afirmación.

Deben traerse a colación de nuevo los criterios fijados por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia nº 149/2020, de 4 de marzo de 2020, en contratos de crédito "revolving" el Tribunal Supremo ha considerado que respecto de la cláusula de intereses remuneratorios cabe el control de transparencia, en concreto en la sentencia n.º 628/2015, de 25/11/2015, en la que señala que *"Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus*

obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable". Y de forma más clara la reciente sentencia n.º 149/2020, de cuatro de marzo, en relación a un contrato similar al de autos respecto del que se había solicitado la declaración de los intereses remuneratorios como usurarios afirma que "Aunque al tener el demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, el demandante únicamente ejerció la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario."

En el caso de autos debe concluirse que no se ha demostrado en modo alguno que las cláusulas insertas en el contrato cumplan con los requisitos de transparencia, no constando que se entregase a el demandante en el momento de la firma del contrato pliego de condiciones generales, sin que aparezca probada la aportación de alguna otra documentación o explicación adicional. En consecuencia el consumidor no puede llegar a representarse la real carga económica que va a suponer para él ese contrato ni la concreta incidencia que puede tener la capitalización de los intereses, y eso, aun cuando llegara a conocer la existencia de un TAE concreto, que como vemos ha ido variando. Es decir, se trata a buen seguro de una cláusula abusiva, lo que la convierte en nula según el art. 83 TRLGDCU. En idéntico sentido han dictaminado las Sentencias de nuestra Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Noviembre de 2018 y la de 29 de Junio de 2018.

Respecto de las comisiones y penalizaciones, cabe resaltar las contenidas en la estipulación nº 10, relativas a aplicación de un tipo de demora del 2,5% mensual y una comisión del 5% de los impagos con un límite mínimo fijado entonces en 2000 pesetas. Tampoco aquí se habría permitido comprender el sistema de imposición final, al carecer el consumidor del Reglamento de la Tarjeta, y cualquier imposición de las mismas sin previa adhesión y justificación, ha de considerarse a todas luces como abusiva, debiéndose traer a colación la vigente Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, exige que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, y el art. 3 de aquélla es riguroso en lo relacionado con las comisiones al establecer que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados

expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Asimismo el artículo 87.5 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece que son abusivas las estipulaciones que prevean el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 556/19, de 25 de octubre, *“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.”*

En el caso de autos no se permite examinar el carácter de las estipulaciones y si estas cumplen con los citados requisitos, apreciándose que cualquier imposición constituye una infracción de lo previsto en TRLGCU.

En relación con el tipo moratorio hipotéticamente impuesto, el tipo fijado supera los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Supremo en sentencia 265/15, de 25 de abril de 2015, sentencia del Pleno de la sala Civil que refiriéndose a préstamos personales celebrados con consumidores estableció en Sentencias de 22 de abril, 7 y 8 de septiembre de 2015 que eran abusivos los intereses de demora que superaran en dos puntos el interés remuneratorio. Argumenta la citada sentencia que: *“La cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE....*

La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción

de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario...

Por tanto, es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso serán los derivados del ejercicio de la acción judicial, como afirma el recurrente, puesto que esos daños resultan resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización «desproporcionadamente alta». Siguiendo los criterios normativos y jurisprudenciales expuestos este juzgador llega a la conclusión de que cláusula por la que se establecen tipos moratorios, y el tipo impuesto ostenta el carácter de cláusula abusiva.

Todo lo expuesto lleva a concluir que las estipulaciones relativas a los intereses remuneratorios, comisiones y gastos, reúnen la condición de cláusulas abusivas, procediendo por ello la íntegra estimación de la demanda en lo que atañe a la declaración de las mismas como tales.

CUARTO.- De la documental obrante se constata que el actor a la hora de contratar la tarjeta de crédito debió contratar un seguro de vida, cuyas primas desde la suscripción habría ido abonando conjuntamente con los cargos de la tarjeta de crédito. Si aceptamos el clausulado de condiciones generales presentado, observamos que la forma en la que está inserta la mención de las condiciones generales de este seguro se recoge en un anexo diferenciado del clausulado de condiciones generales, sin un desarrollo excesivo bajo esas casillas destacadas en un tipo de letra que no supera en modo alguno los parámetros legales que impone el art. 80.1. b) del Texto Refundido para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios. Ciertamente, la redacción actual de este precepto fue introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para los contratos celebrados a partir del 13 de junio de 2014, siendo que el contrato de autos se celebró en 1996, pero eso no impide examinar si la contratación del seguro se realizó en términos que permitan declarar su abusividad bajo los parámetros de transparencia y comprensibilidad y de manifestación de un consentimiento adecuadamente formado.

En este caso, tampoco consta que se hubiera informado debidamente al consumidor de la carga económica que suponía el seguro, observándose que en el clausulado descrito ni siquiera se expresa cuál es la prima, ni se formula remisión a las condiciones del seguro. No se deduce tampoco de la documental, el cumplimiento por la demandada de las obligaciones exigibles a la prestataria de servicios, esto es concretar las condiciones particulares: exclusiones del seguro, la prima a abonar...., En este caso, no consta suscripción alguna de la parte actora, ni que se hubiera informado debidamente al consumidor de la carga económica que supone el seguro, observándose por los extractos aportados que se establece el pago de una prima mensual fija pero sometida a actualización. Se desconocen los parámetros por los que se fijó tal prima, quebrando la reciprocidad exigible, porque la prima no depende del estado de salud del

prestatario, ni de su edad, ni de su profesión, como elementos para valorar el riesgo y calcular la prima como hacen habitualmente las compañías del ramo de seguros de vida, incapacidad o accidentes. Sin perjuicio de lo expuesto resulta a destacar que no puede considerarse probado la adhesión al seguro, así conformada, y menos que se hubiera realizado de forma consciente y con verdadero conocimiento por parte del consumidor de las consecuencias de la misma y de la incidencia en sus obligaciones de pago. En estas circunstancias, la cantidad reclamada como prima del seguro, no puede ser reconocida tanto por lo expuesto como por la ausencia de elementos de prueba que determinen la efectiva contratación de dicha póliza y de la firma de la misma. En consecuencia, la cantidad liquidada y abonada en concepto de primas de seguro, debe ser reintegrada al demandante.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas determinadas.

Procede por todo lo expuesto la íntegra estimación de la demanda, debiéndose considerar las cláusulas identificadas en el fundamento TERCERO conforme al artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, señala que "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

En relación a la excepción presentada relativa a la prescripción de la acción restitutoria, debemos analizar dicha cuestión con detenimiento. La entidad demandada alegó la excepción de prescripción pero esta se opuso exclusivamente respecto de la reclamación restitutoria vinculada a la ineficacia de intereses remuneratorios, por lo que no se procede estimarla presentada respecto de los efectos de nulidad de otras cláusulas. La demandada entiende que esta acción restitutoria prescribe por el transcurso del tiempo de acuerdo con las normas generales aplicables a cada caso contenidas en el artículo 1964 del CC, indicando que de proceder la estimación de la demanda, sólo tendría la obligación legal de restituir aquellas cantidades satisfechas por el actor en exceso del capital dispuesto que no hubieren resultado prescritas por transcurso de más de cinco años desde el momento en que se aplicaron los intereses remuneratorios. Por tanto, la parte actora solo podría reclamar los pagos realizados en los últimos 5 años y 82 días (suspensión de plazos motivada por la pandemia covid-19, acordada e decreto de alarma), mientras que la acción restitutoria para recuperar los pagos realizados antes del 26 de septiembre de 2016 habrían prescrito, teniendo en cuenta el ejercicio de la acción interruptiva que se corresponde con la presentación de la demanda. Todos los anteriores a esa fecha deberían, en consecuencia, declararse prescritos de seguirse el criterio de la actora.

Entiende este juzgador que la acción de nulidad de determinadas cláusulas con base en su consideración de abusivas es imprescriptible. Dicha acción tiene naturaleza declarativa pues lo que se solicita en el suplico de la demanda es que se declare la nulidad de las mencionadas cláusulas. No se trata de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, sino la acción individual de nulidad con fundamento en los artículos

8 y 9 LCCG que se remite, tratándose de un consumidor y de la nulidad de una cláusula contractual por abusividad, al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRGLDCU), siendo aplicable por tanto el artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en el que se establece la imprescriptibilidad de la acción. Nulidad absoluta que no puede convalidarse con el transcurso del tiempo, con independencia de que el ámbito de esta nulidad de pleno derecho quede reducido y pueda subsistir el contrato, por encontrarnos ante un contrato celebrado con consumidores.

Ahora bien, es cierto que lo que realmente por el titular de la tarjeta es que se haga una nueva liquidación de la deuda eliminando los intereses remuneratorios, comisiones, gastos, primas de tal forma que si antes de la declaración de nulidad resultaba deudor por una determinada cantidad, esta se minore, y en su caso, si existe un saldo positivo a su favor, se condene a la entidad bancaria a su pago. Recordemos que el art. 1303 del CC dice: "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*". A lo largo del tiempo se ha producido una abundante doctrina sobre lo dispuesto en el mencionado y tanto doctrina como jurisprudencia concluyen que por un lado puede deducirse una acción de nulidad del contrato, y por otro una acción de restitución (o de reembolso, o de devolución de cantidades) que frente al carácter mero declarativo de la anterior se trata de una acción de condena y es en relación a esta última cuando se viene a reconocer su sometimiento a prescripción.

A la hora de examinar la prescripción de la acción restitutoria, debemos traer a colación la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 341/2023 de 7 Feb. 2023, Rec. 166/2022, que integrando la jurisprudencia del TJUE y en relación con la jurisprudencia del TS, dice: "*En efecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre de 2015, estableció que, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto, siendo jurisprudencia reiterada de Alto Tribunal que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013 y por lo tanto no procede apreciar la misma.*

En cuanto a la prescripción en relación con la restitución de cantidades, alegada por el recurrente debe ser desestimada de conformidad con las SSTJUE de 9 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18) que en aplicación de los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, con sustento en los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad jurídica proclama que "la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato, cuando se

presume, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión o cuando, para acciones similares basadas en ciertas disposiciones del Derecho interno, ese mismo plazo únicamente empieza a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones". En el mismo sentido la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) argumenta que la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato - con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula-, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, la resolución judicial que declara la nulidad de la cláusula "constituye" el derecho a la restitución y se erige en "título jurídico, procediendo la confirmación de la resolución recurrido en lo que a este pronunciamiento se refiere". Coincide este juzgador con los antecedentes legislativos y jurisprudenciales expuestos y en suma con el criterio expresado aquí por sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentido de no apreciar la prescripción en tanto el carácter de abusiva y de nulidad de la cláusula inserta no resultaba constatable.

La regla general, trasladada al ámbito de las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos con consumidores y usuarios, implica la nulidad parcial del contrato en el que se halla inserta la cláusula. No determina per se y de forma automática la nulidad de todo el contrato. Nuestro Derecho, amparándose en el principio de conservación del negocio jurídico, establece como consecuencia de esta declaración de nulidad la "expulsión" de la cláusula abusiva. El resto de reglamentación contractual permanece vigente, siempre que el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula. Así lo establecen expresamente los artículos 10 LCGC y 83 TRLCU.

En consecuencia, dado que en el caso de autos, el contrato se encuentra en vigor dese hace al menos 25 años y a la fecha de la presentación de la demanda se seguían girando recibos mensuales a la vista de los extractos que se aportan en la contestación, y de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, a la que seguro habrá de añadirse en un futuro la respuesta a la cuestión prejudicial C-561/2021, planteada por el TS, a raíz de auto de 22 de julio de 2021, este juzgador entiende fijar, el dies ad quo a la fecha de esta sentencia , momento a partir del cual se pudieron garantizar los derechos del consumidor, en consecuencia procedería la desestimación de la excepción de prescripción.

Por todo ello, procede en este punto estimar la petición de la parte actora contenida en el suplico, en el sentido de que se condene a la entidad demandada a devolver a la actora la diferencia entre la cantidad abonada y el capital efectivamente dispuesto por ella, desde el momento de formalización del contrato de tarjeta hasta la

fecha de la presente resolución, cantidad que habrá de determinarse en ejecución de sentencia, deduciendo los intereses remuneratorios, moratorios, comisiones por impagos aplicadas (clausula 10), primas por seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 de nuestra Ley Procesal.

A las cantidades objeto de restitución le serán de aplicación los intereses legales correspondientes desde la presentación de esta demanda.

SEXTO.-En virtud del art. 394 L.E.C. procede imponer las costas a la parte demandada.

Por todo lo expuesto,

F A L L O

Que DEBO ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. _____, en nombre y representación de DON _____, contra ONEY SERVICIOS FINANCIEROS, E.F.C., S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. _____, y en consecuencia

1.- DECLARO la nulidad de las cláusulas que regulan los intereses remuneratorios, moratorios, comisiones y gastos (clausula 10 condiciones generales de la contratación).

2.- DECLARO la inexistencia de póliza de seguro anexa al contrato de autos y en consecuencia de las obligaciones mutuas de las partes en relación a dicho contrato, sin perjuicio de los efectos restitutorios.

3.- CONDENO a la demandada a devolver a la actora la diferencia entre la cantidad abonada en concepto de intereses remuneratorios, moratorios, comisiones y gastos, primas de seguro, y el capital efectivamente dispuesto por ella, desde el momento de formalización del contrato de tarjeta hasta la fecha de la presente resolución, cantidad que habrá de determinarse en ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 de nuestra Ley Procesal. A las cantidades objeto de condena le serán de aplicación los intereses legales pertinentes, aplicables desde la presentación de la demanda.

4.- Condeno a la parte demandada al abono de las costas.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos de que dimana, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.