

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5

Materia: Condiciones generales de la
contratación
Resolución: Sentencia 000403/2022
IUP: AR2021054222

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

Servicios Financieros
Carrefour E.F.C S.A

Abogado:

Francisco De Borja Virgos De
Santisteban

Procurador:

SENTENCIA

En Arrecife, a 14 de noviembre de 2.022.

Vistos por mí, Doña _____, Juez-Sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Arrecife y su partido, los presentes autos con el número 1075/2021, promovidos por DOÑA _____ que comparece representada por el Procurador de los Tribunales Don _____ bajo la asistencia Letrada de Don Francisco de Borja Virgós de Santisteban contra la entidad **SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C.** que comparece representada por el Procurador de los Tribunales Don _____ bajo la asistencia letrada de Don _____, en ejercicio de acción de nulidad contractual, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal mencionada se presentó demanda de juicio ordinario en nombre y representación de Doña _____ haciendo constar los hechos base de su pretensión y alegando posteriormente los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, y terminaba con la súplica de que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se contuviera los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Con carácter principal, se declare la nulidad radical y absoluta del contrato de crédito suscrito entre las partes de fecha 23 de septiembre de 2002 por existir USURA y en consecuencia se 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 hubiese recibido que excedan del capital prestado, y que se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses legales.
- 2.- Con carácter subsidiario, se declare la abusividad y nulidad de la cláusula de intereses remuneratorias y de la comisión por reclamación de saldo deudor, por importe de 39 euros, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades abonadas por dichos conceptos y devolviendo el exceso en caso de resultar usurarias dichas cláusulas, más los intereses legales.

3.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha 25 de febrero de 2.022 fue admitida a trámite la demanda, dándose traslado por 20 días de la misma a la mercantil demandada para su personación y contestación.

TERCERO.- Por la representación de la entidad demandada, se presentó escrito oponiéndose a la demanda y solicitando la íntegra desestimación de ésta con condena en costas a la parte demandante.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 7 de abril de 2.022 se tuvo por contestada a la demanda señalándose para la celebración de la audiencia previa el día 3 de octubre de 2.022.

QUINTO.- En audiencia previa, y abierto el acto, no fueron objeto de impugnación los documentos aportados. Fijados los hechos controvertidos, y admitidas las pruebas, consistiendo únicamente en documental, quedaron los autos vistos para el dictado de la correspondiente sentencia de conformidad con el apartado 8 del artículo 429 de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

Ejercita la parte ACTORA con carácter principal una acción de nulidad del contrato de crédito mediante tarjeta de crédito revolvente formalizado entre las partes en fecha 23 de septiembre de 2.002 por ser usuario y con carácter subsidiario la nulidad del contrato por contener cláusulas abusivas como es la de intereses remuneratorias y la comisión por reclamación de posiciones deudoras solicitando en ambos casos se condene a la demandada a devolver la cantidad pagada por éste, por todos los conceptos que haya excedido del total del capital efectivamente prestado o dispuesto, más los intereses legales. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

En fundamento de dicha pretensión se alega que se estableció un interés remuneratorio muy elevado que debe ser considerado como usurario conforme a lo dispuesto en la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la **usura**. Que se fijó concretamente un interés TAE del 20,56% (posteriormente modificado por la entidad financiera al 21,99%) que es un interés superior al normal del dinero en el momento de realización del contrato, ya que el tipo medio para créditos al consumo en el año 2.003 era de un 8,23% para los contratos de duración de un año y hasta cinco años, siendo por tanto un interés manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso.

Asimismo se indica por la parte actora que no fue informado debidamente del tipo de interés aplicable a este contrato revolving, ni de las condiciones aplicables, ni de cómo se capitalizan los intereses.

Que además contiene otra cláusula abusiva, como es la de comisión por impago, contenida en la cláusula 13ª del contrato formalizado entre las partes.

Por otro lado, la entidad DEMANDADA, se opuso a la demanda negando que el intereses

remuneratorio aplicado fuese usurario, realizando una crítica a la reciente sentencia del TS de 4 de marzo de 2.020. Entiende además que la cláusula de intereses remuneratorios contenida en el contrato es transparente y que además existió una información precontractual. En lo que respecta a la cláusula de comisión por impago considera que no es abusiva.

Además se alegó que la acción de restitución se encontraba prescrita.

Por todo ello, solicita la íntegra desestimación de la demanda con condena en costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- Acción principal: nulidad del contrato por usurario. Análisis de la usura.

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

"Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

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

A este respecto, resulta de particular importancia la doctrina jurisprudencial fijada por la reciente **STS de 4 de marzo de 2020, recurso nº 4813/2019**.

Comienza dicha sentencia por recordar la doctrina ya establecida en la sentencia del pleno de dicha sala 628/2015, de 25 de noviembre, a saber:

"i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

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

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

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

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

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos

anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

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

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

Continúa analizando dicha sentencia que: "4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta revolving concedido a la demandante, que era

del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

iv) *según el Supremo, un tipo medio algo superior al 20% anual es ya muy elevado;*

v) *cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia, en calidad de interés normal del dinero, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura;*

vi) *en este tipo de operaciones, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, el prestatario puede convertirse en un deudor cautivo, máxime cuando los intereses y las comisiones se capitalizan para devengar el interés remuneratorio;*

vii) *la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico;*

y viii) *una elevación porcentual respecto del interés medio tomado como interés normal del dinero puede determinar el carácter usurario de la operación si existe una diferencia muy apreciable entre el tipo medio (algo superior al 20%) y el interés fijado en el contrato (el 26,82%), lo que permite hablar de un interés notablemente superior.*

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

En efecto, no se discute que la TAE de la tarjeta de crédito en litigio ascendía al 21,99%.

No consta acreditado que, en este caso, ese interés sea notablemente superior respecto del índice de referencia. En 2015, según índice publicado por el Banco de España, el tipo medio de las tarjetas revolving ascendía a 21,13%.

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

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

En el presente caso, no existe discusión entre las partes de que el tipo de interés estipulado fue del 20,56%. Atendiendo a dicho interés deberá realizarse la comparación en los términos fijados por el Tribunal Supremo, no con el interés normal del dinero ni tampoco con el tipo medio de los créditos al consumo, sino con el tipo medio de las operaciones similares a la de los presentes autos (esto es, un crédito de los denominados revolving).

El contrato objeto de la presente litis fue suscrito el **23 de septiembre de 2.002**.

TERCERO.- Aplicación de la doctrina y consecuencias.

Pues bien, hemos de tener en cuenta que el contrato suscrito entre las partes es de 23 de septiembre de 2.002 y que el TAE pactado en el contrato formalizado entre las partes es del 20,56% y que el interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concreto referido a tarjetas de crédito en el año **2002**, era del **8,23 %**, conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España ("Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH"), lo que permite considerarlo como *"notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso"*, al no haber justificado la entidad financiera que concedió el crédito la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Debe tenerse en cuenta a este respecto, que las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto generalmente están relacionadas con el riesgo de la operación, de manera que, como ya se ha expuesto, " 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".

Según lo expuesto, procede la ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda, debiendo declararse la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre las partes el **23 de septiembre de 2.002** por ser el mismo usurario con las consecuencias previstas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, sin que por la parte demandada se haya acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificaran la aplicación de dicho tipo de interés.

En consecuencia, al haberse declarado dicha nulidad, serán de aplicación las consecuencias previstas en el artículo 1.303 CC, esto es, el actor-prestatario deberá devolver únicamente el capital que le hubiera sido entregado y la entidad demandada-prestamista deberá devolver a la parte actora todas las cantidades cobradas por cualquier concepto con ocasión de dicho contrato que excedieran del capital prestado, cuantía a determinar en ejecución de Sentencia (conforme a lo dispuesto en el artículo 219 en relación con el artículo 712 LEC), con el interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta de la parte actora hasta su determinación.

CUARTO.- Comisión por impagos.

En el presente contrato de préstamo se establece unos costes en caso de impago, del que debe determinarse su carácter abusivo o no.

Dicha cláusula se configura como una cláusula penal lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada que se deriva del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, reparadora y punitiva cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

Sobre la misma, ya han mediado diversos pronunciamientos jurisprudenciales, referidos a la nulidad de la misma cláusula por su condición de abusiva.

En este sentido, entre otras, la AP Valencia, Sección 7ª, S de 14 Oct. 2013 dispone: *"En el presente caso, pide que la cláusula 8ª que permite reclamar hasta 3 veces por un mismo recibo las comisiones de devolución debe ser declarada nula. Sobre esta materia se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, AAP, Civil sección 4 del 05 de Julio del 2011 (ROJ: AAP TF 841/2011), Recurso: 241/2011, Ponente: MARIA ELVIRA AFONSO RODRIGUEZ, indicando: "Pero aparte la cláusula señalada, también resulta abusiva, en cuanto, se conviene la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones, de conformidad con la legislación de consumo, anteriormente referida, (art.10 bis. 1 3a de la Ley General de Consumidores ; en la actualidad art. 85.6 del Texto Refundido) la estipulación segunda de las condiciones generales, que bajo la rúbrica "Comisión de devolución", dispone que "Caso de producirse el impago de alguna cuota a su vencimiento, se devengará a favor de COFIDIS una comisión de devolución por impago de 6 euros por cada cuota devuelta de importe inferior o igual a 30 euros, 12 euros por cada cuota devuelta de importe superior a 30 euros e inferior o igual a 70 euros, y del 5% sobre la cuota devuelta de importe superior a 70 %, con un mínimo de 18 euros. Dicha comisión se aplicará sobre un mismo recibo cada vez que tras su presentación al cobro resulte devuelto por impago un máximo de tres veces, no devengándose a partir de ese momento ninguna comisión más...". Comisión de devolución, que bajo la cobertura de sanción por incumplimiento, grava de forma desproporcionada la conducta del consumidor, ya que al interés abusivo que se aplica en caso de mora del deudor, antes referido, se aplica una comisión por devolución cada vez que el recibo es presentado al cobro, multiplicándose hasta tres veces dicha sanción, toda vez que como refiere la cláusula "Dicha comisión se aplicará sobre un mismo recibo..." hasta un "máximo de tres veces". Disposición negociada que desde luego, es enteramente subsumible en el concepto de cláusula abusiva, en cuanto constituye una estipulación que no habiéndose negociado individualmente causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de partes derivados del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE y art. 10 bis.1 LGDCU , y en concreto, dentro de su tipología, entre aquellas que imponen al consumidor una indemnización (cláusula penal) desproporcionadamente alta para el caso en que no cumpla con sus obligaciones*

contractuales, tal y como prevé la disposición adicional 1ª de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (recogida en la actualidad en el art. 85.6 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) .

Y es reiterado por la Resolución de la Audiencia Provincial de Girona, AAP, Civil sección 1 del 23 de Febrero del 2012 (ROJ: AAP GI 25/2012), Recurso: 31/2012, Ponente: MARIA ISABEL SOLER NAVARRO.- *Todo lo cual nos lleva a declarar nula dicha cláusula.*" En este mismo sentido la AP Asturias, Sección 1ª, A de 24 Jun. 2011: "lo bien cierto es que en el contrato de crédito cuyo saldo es objeto de la presente reclamación aparece en el apartado 8º de su clausulado general un concepto llamado "comisión por devolución" que se describe en los siguientes términos "caso de producirse el impago de alguna cuota a su vencimiento, se devengará a favor de Cofidis una comisión de devolución por impago de 6 euros por cada cuota devuelta de importe inferior o igual a 30 euros, 12 euros por cada cuota devuelta de importe superior a 30 euros e inferior o igual a 70 euros y del 5% sobre la cuota devuelta de importe inferior o igual a 70 euros, con un mínimo de 18 euros. Dicha comisión se aplicará sobre un mismo recibo cada vez que, tras su presentación al cobro resulte devuelto por impago un máximo de 3 veces no devengándose a partir de ese momento ninguna comisión más.". Pues bien, dicha estipulación supone, como recuerda el A.A.P. Oviedo, Secc. 5ª 1-2-2011, no solo que dicha comisión pueda cobrarse hasta tres veces por el retraso o el impago de una misma cuota, sino que su solo importe ya resulta desproporcionado en relación con la cuantía de esta última, razones que conducen a esta Sala a calificar la referida cláusula como abusiva por imponer al consumidor que incumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta (Disposición Adicional Primera apartado 3º de la L.G.D.C.U., vigente en el momento en que se firmó el contrato), habiendo mantenido esta misma Sección en A.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 9-2-2011 la misma conclusión en relación a dicha cláusula."

En relación a la improcedencia de su reclamación por el mero hecho de producirse la devolución de un efecto cuyo pago se ha encargado a los servicios bancarios, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil, Sección 21 del 27 de diciembre del 2011 (R. 284/2009) que establece que: *"El concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta e la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, la comisión bancaria de devolución no responde a ningún nuevo servicio efectivamente prestado, por lo que su devengo carece de causa y justificación. El efecto se entrega al banco en gestión de cobro, y ello puede generar correctamente una comisión. El resultado de esa gestión puede generar o que el efecto se pague, en cuyo caso el banco tiene que efectuar un abono en la cuenta del cliente, o que se impague, en cuyo supuesto el banco tiene que devolver el efecto entregado en gestión de cobro al cliente, sin que ello suponga ningún nuevo servicio sino la culminación de la gestión de cobro encargada y por la que ya se percibe una comisión; o como expresa la sentencia de 18 de enero de 2000 de la Sección 12ª de esta Audiencia Provincial, haber percibido el Banco una retribución por su gestión de cobro, en la misma deben considerarse englobados todos los actos precisos, incluso la restitución al cliente del cheque impagado, debiendo considerarse que dicha devolución del efecto y la*

notificación de su falta de pago es simplemente la dación de cuenta a que viene obligado todo mandatario o comisionista en base a lo establecido en el artículo 1720 del Código Civil en relación con los artículos 250 , 260 y 263 del Código de Comercio , por lo que no puede ser calificada la actuación del banco como servicio nuevo ni diferente." El mismo criterio se recogió en la sentencia de 19 de octubre de 2004. Y en la sentencia de 13 de octubre de 2005, precisamente dictada en un juicio verbal a instancia de la misma parte aquí demandante Curtidos Funes, S.A. indicábamos que "Además es evidente que el cobro de una comisión por la devolución de efectos supone un incremento del precio fijado para el descuento, por lo que tal pacto debe constar con suficiente claridad, y no de forma genérica, en una cláusula general, cuando supone un importante desequilibrio para quien conviene con una entidad bancaria una gestión de cobro, satisfaciendo una remuneración por ella, y que por el resultado de la misma, ajeno como tal a tal gestión, ve incrementado su coste. Finalmente, hemos de indicar que no cabe considerar como una aceptación tácita por parte de Curtidos Funes S.A. el devengo de la comisión de descuento a que nos estamos refiriendo, por el hecho de que hubiere venido satisfaciendo la misma sin alegar nada en contra, como pretende Caja de Madrid, ya que no es que aquella entidad haya satisfecho voluntariamente estas comisiones, sino que le fueron directamente cobradas mediante los correspondientes giros en cuenta, no pudiendo por ello mantenerse que es que tal entidad haya ido en contra de unos actos no directamente por él misma ejecutados. Por otra parte, como ya indicábamos en las sentencias de esta Sala de 15 de Abril de 2002 y 19 de Octubre de 2004 , anteriormente reseñadas, el principal argumento para considerar no procedente el devengo de la comisión de descuento que tratamos, se encuentra en que el concepto de comisión bancaria viene directamente unido con unos servicios efectivamente prestados por una entidad bancaria, tal y como se indica en la Circular 8/1990 del Banco de España que ya anteriormente citamos, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, si como indicamos en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, Caja Madrid percibe una contraprestación por la gestión de cobro que asumió realizar, desde el momento en que recibe los efectos para ser presentados a su cobro, y lo hace anticipadamente, con anterioridad al vencimiento del crédito, y en consecuencia, al momento de presentación al cobro de los efectos que le fueran entregados, lo que es evidente es que la gestión de cobro que realiza es única con independencia de que el efecto presentado al cobro sea abonado o resulte impagado, sin que en este caso la comunicación al cliente del impago y la devolución al mismo del efecto entregado en gestión de cobro, suponga ningún nuevo servicio prestado por Caja de Madrid a Curtidos Funes S.A., sino la culminación del cumplimiento de otro anterior, el de cobro de efectos encomendados, por los que ya percibe una comisión, como indicamos en la sentencia de 19 de Octubre de 2004 , pudiendo encuadrar estas operaciones en el ámbito de su obligación de rendir cuentas de sus operaciones al comisionista, al amparo de las previsiones contenidas en los arts. 1720 del CCv y 263 del Código de Comercio ." Este mismo criterio se ha seguido por otros Tribunales, aunque conocemos que la doctrina de éstos dista de ser uniforme, pudiendo citarse al efecto las sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1999, de la Sección 6ª de La Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de abril de 2000, de la

Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de marzo y 19 de septiembre de 2000 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de noviembre de 2000, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de mayo de 2002, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de julio de 2007, de las Secciones 4ª Y 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fechas 17 de octubre de 2008 y 14 de abril de 2009 respectivamente, y de la Audiencia Provincial de Salamanca de 8 de febrero de 2010. Por lo que atañe a esta Audiencia Provincial de Madrid, el anterior criterio se ha seguido por la mayoría de las Secciones; así la Sección 8ª en sentencias de 24 de enero y 11 de julio de 2011, la Sección 10ª en sentencia de 11 de marzo de 2008, la Sección 12ª en sentencias de 18 de enero de 2000 y 19 de abril de 2005, la Sección 14ª en sentencia de 14 de enero de 2009, la Sección 18ª en sentencia de 10 de mayo de 2000, y la Sección 19ª en sentencia de uno de abril de 2011 (en sentido contrario la Sección 25ª en sentencia de 21 de mayo de 2008). En similar sentido, es relevante el criterio mantenido por la doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre la comisión de devolución, que aún en el hipotético supuesto de que las comisiones de descubierto, de devolución o de impago supusieran la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado, ésta deberá consistir en una cantidad fija y establecida previamente con carácter máximo, no siendo aceptable para el Banco de España que se cobre como un porcentaje sobre el nominal del efecto devuelto, y rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que lo justifique y por contravenir el artº 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU EDL 1984/8937, al comportar en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos (en palabras de la Circular del Banco de España 81/1990, de 7 de septiembre).

Tal doctrina es plenamente aplicable al supuesto de la presente reclamación, pues aunque se trata de un contrato de préstamo cuya devolución se pactó en cuotas mensuales, el supuesto fáctico es análogo pues frente a los respectivos impagos ya ha aplicado la prestamista el pago de unas comisiones por devolución sin que haya alegado ni acreditado la existencia de servicio ni gestión de ninguna clase que haya supuesto la efectiva prestación de un servicio o generación de un gasto, sin que ello implique la nulidad del contrato al no tratarse de una cláusula esencial.

QUINTO.- Prescripción de la acción de restitución de intereses satisfechos.

Se alega por la parte demandada, prescripción parcial de la acción de restitución de los intereses satisfechos durante la vigencia del contrato y en concreto entiende que no pueden ser objeto de reclamación las liquidaciones correspondientes al período comprendido entre el 23 de septiembre de 2.002 (fecha en que se suscribió el contrato litigioso) y el 7 de octubre de 2.016, al operar el plazo de 5 años para la prescripción siendo el día "ad quo" el día de interposición de la demanda (27/12/2021) por lo que estarían prescritas los intereses anteriores al 7 de octubre de 2.016.

Pues bien, para la resolución de la presente litis hemos de tener en cuenta que el artículo 1.964 del Código Civil sobre prescripción fue objeto de reforma, siendo la última la operada por Ley

42/2015, de 5 de octubre que ciertamente reduce el plazo a cinco años pero la Disposición Transitoria establece que las relaciones nacidas entre el 7 de octubre de 2.005 y 7 de octubre de 2.015 no se verán afectadas por el nuevo plazo, siendo que no prescribirán hasta el 7 de octubre de 2.020.

Los plazos de prescripción se regulan en el Código Civil y en lo que respecta al presente procedimiento es de aplicación el apartado segundo del artículo 1964 que fue objeto de modificación por el Ley 42/2015 reduciendo el plazo de prescripción de quince a cinco años, quedando redactado de la manera siguiente:

"Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan."

Ciertamente, con fecha 6 de octubre de 2.015 se publicó en el BOE la ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, (LEC), por la que se vino a modificar el artículo 1.964 del Código Civil y que redujo el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones personales que no tuvieran un plazo especial de quince años a cinco años.

Esta modificación entró en vigor el 7 de octubre de 2.015, debiendo aplicarse conforme a los plazos de prescripción iniciados con anterioridad (a los efectos del artículo 1969 del Cc) lo previsto en la Disposición Transitoria 5ª de la ley 42/2015 que se remite al artículo 1.939 del Código civil al pronunciarse en los siguientes términos:

"la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo, pero si desde que fuera puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción surtirá su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."

En el presente caso, a la vista de la legislación aplicable resulta que el plazo de prescripción que debe operar es el de quince años pues conforme a la DT 5ª no es aplicable la reducción del plazo de prescripción a cinco años puesto que el plazo de prescripción nació antes de la fecha de entrada en vigor de la ley 42/2015 de 5 de octubre.

En consecuencia, la acción para la restitución de la totalidad los intereses indebidamente pagados no está prescrita.

SIXTO.- Costas.

En relación a las costas, al haberse estimado íntegramente la demanda, procede la condena en costas a la parte demandada, ex artículo 394.1 LEC.

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

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don [redacted] en nombre y representación de DOÑA [redacted] contra la entidad **SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C.** que comparece representada por el Procurador de los Tribunales Don [redacted] debo:

- declarar la nulidad del contrato de tarjeta de crédito formalizado entre las partes de fecha 23 de septiembre de 2.002 por ser el mismo usurario con las consecuencias previstas en el

artículo 3 de la Ley de la Usura, y en consecuencia,

- condenar a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad que exceda del total del capital prestado teniendo en cuenta todas las cantidades ya abonadas por todos los conceptos por la parte actora, al ser declarada abusiva la cláusula de intereses remuneratorios y la de comisión por impago, más los intereses legales desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta de la parte actora hasta su determinación, cuyo cálculo habrá de hacerse en ejecución de sentencia.
- condenar al demandado a pagar las costas procesales causadas.

Así lo dispongo, Doña
Instancia nº 5 de Arrecife.

, Juez-Sustituta del Juzgado de Primera

EL/LA Juez