

Sobre: nulidad contractual.

Parte demandante: D./Dña. .

Procurador/a: D./Dña. .

Abogado/a: D./Dña. Francisco de Borja Virgós de Santisteban.

Parte demandada: Banco Cetelem S.A.U.

Procurador/a: D./Dña. .

Abogado/a: D./Dña. .

SENTENCIA

Arona, 26 de mayo de 2022.

Magistrado-Juez .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El/La Procurador/a de los Tribunales D./Dña. , en nombre y representación de D./Dña. , presentó escrito en virtud del cual interponía demanda de juicio ordinario, por nulidad contractual, contra Banco Cetelem S.A.U., Sucursal en España. Todo ello en base a los hechos y fundamentos de Derecho alegados en el propio escrito, terminó suplicando que se dictara una sentencia conforme a sus pedimentos.

Segundo.- Turnada a este Juzgado la anterior demanda, se admitió a trámite por decreto. En dicha resolución se acordó emplazar a la parte demandada para que contestara a la demanda en el plazo de 20 días hábiles. Todo ello con los correspondientes apercibimientos legales.

Tercero.- El/La Procurador/a de los Tribunales Dña. , en nombre y representación de Banco Cetelem S.A.U., presentó escrito por el que contestaba a la demanda. Todo ello en base a los hechos y fundamentos de Derecho alegados en el propio escrito, terminó suplicando que se dictara una sentencia conforme a sus pedimentos.

Cuarto.- El día de la audiencia previa comparecieron las partes con su debida representación y asistencia. No fue posible llegar a un acuerdo en este acto, siguiéndose con los trámites habituales de dicho acto. A continuación, se fijaron los hechos a resolver y se propusieron los medios de prueba, siendo admitidos los que se consideraron pertinentes y útiles. Dado que el único medio de prueba propuesto y admitido fue la documental, quedaron las actuaciones listas para resolver, una vez subsanada la presentación de minuta de prueba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La parte demandante, en su escrito de demanda, indica que suscribió con la demandada un contrato de préstamo, modalidad línea de crédito, con sistema revolving, con un saldo inicial de disposición de 300 €, ampliables, así como amortizaciones mensuales del 3'5%., el 1 de agosto de 2013, teniendo la condición de consumidor.

El sujeto activo del procedimiento alega que el interés remuneratorio es usurario, siendo el pactado del 23'14 % TAE, pues la líneas de crédito tenían un interés del 4'92 %, en el momento de la suscripción del contrato, siendo el de las tarjetas del 20'88 %.

Subsidiariamente, la parte entiende que el interés pactado no supera el control de transparencia y la comisión por reclamación de impagados es abusiva.

Por otro lado, la parte demandada, en su contestación a la demanda, afirma que la acción de resarcimiento está prescrita. Igualmente, esta parte entiende que el interés no es usurario, se superan el control de transparencia e incorporación y la cláusula donde se fija la comisión por reclamación no es abusiva.

Por tanto, son hechos controvertidos en este procedimiento: prescripción de la acción resarcitoria, si el interés pactado es usurario, si se supera el control de transparencia e incorporación, así como si es abusiva la cláusula donde se fija la comisión por reclamación de impagados.

Segundo.- Hay que tener en cuenta que nos encontremos ante una tarjeta de crédito, tal y como indica el propio contrato (“tarjeta de crédito sistema flexipago” a cuyas condiciones hace únicamente referencia al parte demandante), en la que se aplica, para la devolución de las cantidades, el sistema “revolving”. Por ello, es necesario tener en cuenta la reciente sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, sobre la materia, indicado que:

“Decisión del tribunal (I): doctrina jurisprudencial sentada en la

1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001) , cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos:

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 (LEG

1908, 57) , 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 (LEG 1885, 21) , «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.

2.- De lo expuesto se desprende que no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia 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. En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede

encausarse el crédito mediante tarjetas revolving), sin que tal cuestión fuera objeto de discusión en el recurso de casación, puesto que lo que en este se discutía en realidad es si la diferencia entre el interés del crédito revolving objeto de aquel litigio superaba ese índice en una proporción suficiente para justificar la calificación del crédito como usurario. Tan solo se afirmó que para establecer lo que se considera «interés normal» procede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España sobre los tipos de interés que las entidades de crédito aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas.

3.- A lo anteriormente expuesto se añadía el hecho de que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o revolving , sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

Decisión del tribunal (II): la referencia del «interés normal del dinero» que ha de utilizarse para determinar si el interés de un préstamo o crédito es notoriamente superior al interés normal del dinero

1.- 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.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving , que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como «interés normal del dinero». Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte

características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

5.- Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

Decisión del tribunal (III): la determinación de cuándo el interés de un crédito revolving es usurario por ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso

1.- Aunque al tener la 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, la demandante únicamente ejerció la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario.

2.- El extremo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 (LEG 1908, 57) , de Represión de la Usura, que resulta relevante para la cuestión objeto de este recurso establece:

«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 [...]».

3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Esta indeterminación obliga a los tribunales 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.

4.- La sentencia (JUR 2020, 34128) 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 (RJ 2015, 5001) , 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 (RJ 2015, 5001), 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.

11.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado”.

Efectivamente, como sostiene la parte demandada, 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, pero si permite el control de incorporación y transparencia

Así, en el caso de cláusulas referidas al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio, están sujetas a los controles de incorporación y transparencia, y solo en el caso de que no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible en esa doble acepción, quedarán sujetas al control de contenido. El interés remuneratorio forma parte de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, no puede ser sometido a control del contenido en aplicación de la legislación sobre cláusulas abusivas. Está sometido exclusivamente al control de transparencia. El control de los intereses desorbitados corresponde, en nuestro ordenamiento, a normas distintas de la legislación sobre cláusulas abusivas, singularmente, a las normas sobre error-vicio (el banco no "publicita" el interés calculado en forma de TAE tal como exige la legislación) o, en casos extremos, por aplicación de ley de usura. Un interés desorbitado impuesto a un consumidor permite deducir que el cliente ha sufrido un error o que el prestamista se ha aprovechado de las circunstancias (art. 1 Ley Usura) (SAP Valencia, Sección 6ª, 78/2017).

Tercero.- En relación a la acción principal de este procedimiento, la nulidad absoluta del contrato por tratarse de un contrato usurario, en base a la anterior sentencia del Tribunal Supremo, se ha pronunciado la Ilustre Sección 4ª de nuestra Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 24 de julio de 2020. En dicha sentencia dice expresamente:

"1. A la vista de la nueva doctrina del Tribunal Supremo (fundamentalmente en lo que se refiere al índice de referencia que ha de tomarse como término de comparación para fijar el carácter usurario del tipo de interés aplicado al caso), necesariamente hay que reinterpretar o adaptar los criterios seguidos por los diferentes tribunales y, entre ellos, por los de esta Sección, para ajustarlos a esos criterios.

2. En tal sentido, las sentencias dictadas por esta Sala con posterioridad a la del alto tribunal han señalado que en la última de las sentencias del Tribunal Supremo se concluye que, con la referencia mencionada, un interés aplicado del 26,82 % es usurario, pero no fija un canon determinado materializado en un porcentaje o en un dato concreto a partir del cual se deba considerar como usurario el tipo pactado en el contrato objeto del proceso, lo que puede dar lugar a soluciones variadas y no exentas de una cierta discrecionalidad incontrolada con alguna merma para la seguridad jurídica, pues para lo que un tribunal puede ser un interés notoriamente superior en una ponderación de las circunstancias concurrentes, para otro diferente puede merecer una consideración distinta bajo las mismas circunstancias.

En cualquier caso, esa indeterminación es la propia y características de nuestro sistema legal de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la LRU, de manera que la calificación de usurario siempre se encontrará supeditado a un juicio de ponderación judicial en función de las circunstancias concurrentes a las que alude la sentencia del Tribunal supremo.

3. Sobre esa base en esa primera sentencia de esta Sección dictada a la luz del nuevo criterio jurisprudencia, se ha considerado que un tipo de interés que supere en el 20 % al de referencia (como ocurría en el caso contemplado en la misma, en el que se había aplicado un interés del 24,51 TAE) es notablemente superior a este y por tanto hay que considerarlo usurario en

función, por un lado, del índice de referencia como normal del dinero es ya de por sí elevado, por lo que el margen de incremento para que no superar de forma " notable" el " normal" del mismo ha de establecerse en unos límites prudentes, sin que, por tanto, se pueda sobrepasar más de una quinta parte del mismo a partir del cual debe considerarse notablemente superior; y, por otro lado, por las características del préstamo.

4. En este caso hay que partir también de un índice del 20 % pues viene a representar la media aproximada de los índices publicados en los últimos años por el Banco de España para operaciones como las del caso, índice que hay que entender que era el normal del mercado en la fecha del contrato, pues, aparte de que la apelante no ha acreditado cual fuera el más específico de la categoría de préstamos con tarjeta de crédito (únicamente tiene en cuenta los generales del crédito al consumo), consultado otros índice de la época y de años anteriores, se advierte unas enormes diferencias entre distintos tipos de tarjetas (que van desde un 14% a más de un 44%), de manera que no deja de ser una media ponderada el ya señalado del 20% que hay que tomar como término de comparación para calificar el interés.

5. Sobre esa base y siguiendo el mismo criterio que el de la sentencia de este mismo tribunal (al que hay que atenerse en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley - art. 14 de la CE-) hay que concluir que en este caso el interés (TAE) aplicado del 26,8% (casi el mismo que en el caso contemplado por la sentencia de marzo de T.S.) es usurario pues supera en una quinta parte (el 20%) al de referencia, por lo que debe ser considerado como " notablemente" superior al normal".

En este caso, no se discute que el interés ascendía al 23'14 % TAE. Conforme al documento aportado por la parte demandante, desde el año 2010 si constan estos índices y podemos ver que los mismos rondan el 20 %, siendo que en agosto de 2013, estaría en el 20'88 %. Lo anterior, supone que el porcentaje pactada no supera en una quinta parte el criterio antes fijado, por lo que no se puede entender que el mismo es usurario. A mayor abundamiento, un supuesto similar ha sido analizado en Sentencia de la Sección 3ª, de Santa Cruz de Tenerife, 464/2021, que entendió que ese mismo TAE del 23'14 % no era usurario.

Cuarto.- Resuelto lo anterior, procede resolver una de las cuestiones subsidiarias, como es, el control de incorporación y transparencia de los intereses remuneratorios.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) dispone que:

"1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la

apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

En el presente supuesto, no se discute la suscripción del contrato. De la mecánica descrita por la parte demandada respecto de la contratación, se puede entender que las condiciones del contrato, excepto la forma de pago, dentro de las opciones que da el prestamista, vienen impuestas. Por lo que se debe entender que, con un pequeño margen de decisión, respecto de la forma de pago, en relación a opciones también cerradas, el prestatario se tiene que adherir.

Por su parte, se debe entender que también se da el supuesto subjetivo de la ley antes señalada, fijado en el art. 2, pues el contrato se suscribe entre una entidad financiera, profesional del sector y una particular que tiene la condición de consumidora (aspecto no discutido por las partes).

El art. 5 de la LCGC, en el momento de suscripción del contrato, establecía que:

“1. 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. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

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.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

La actual redacción señala que:

“1. 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. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

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.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. (Derogado)

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Por su parte, el art. 7 de la LCGC regula que:

“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Finalmente, el art. 8 del mismo texto normativa expresa que:

“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

El control de transparencia, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo; siendo preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula

que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. El control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (STS de 30 de enero de 2017).

Igualmente, al exigirse que 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, siendo que todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, para, a continuación, establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración el contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5, y b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuando 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. En consecuencia, la carga de la prueba de la información, y del contenido específico del clausulado del contrato, incumbe a la entidad bancaria conforme a la estructura de la regla de juicio, ya que si correspondiese a los demandantes la tarea de acreditar la existencia del error basado en la falta de información, ello implicaría desplazar sobre los mismos la carga de probar un hecho negativo, esto es, no haberla recibido, lo que procesalmente no es factible, de acuerdo con la regla "negatia non sunt probanda" (STS de 17-10-83, 23-9-86, 8-7-88, 30-10-92, 9-2-93, 16-3-96 y 17-4-01, entre otras). Ello es así porque la alegación de la ausencia de información implica un hecho negativo, que, al no poder ser probado mediante un hecho positivo del mismo significado, produce el efecto de desplazar el "onus probandi" a la parte que sostiene que aquélla sí que tuvo lugar.

Un supuesto muy similar ha sido analizado en la sentencia antes citada (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, 464/2021):

“Línea de crédito actual 300,00 €

Tipo deudor (TIN): 21,00 %, TAE: 23,14%

Cuota mensual: 3% de la línea de crédito Actual"

Lo que significa que el primer mes se incrementa la deuda en un 1,928% (6,942 €) y únicamente se paga de cuota un 3% (9 €), de forma que con ese 3% solo se amortiza del capital un 1,072% mensual (3,216 €).

Si seguimos leyendo vemos que cualquiera que sea la opción elegida el primer mes el titular solo podrá utilizar su línea de crédito actual (300 €) mediante sistema de pago a crédito (revolving) y en el establecimiento del vendedor donde haya solicitado la tarjeta o en la cadena

a la que pertenezca dicho establecimiento. Transcurrido dicho plazo la línea de crédito podrá utilizarse conforme a lo establecido en la cláusula III.3 y por cualquiera de Modos de Pago detallados en las Condiciones Particulares del Contrato de Tarjeta. Si vamos a la cláusula III.3 vemos que se refiere a las Condiciones Particulares (Tarjeta de Crédito Sistema Flexipago) y, más concretamente, a la "Utilización de la Tarjeta", es decir "en los establecimientos adheridos" o "en cajeros automáticos". Pero en esa cláusula no están ni las Comisiones, gastos y compensaciones (cláusula 10), ni la comisión de gastos por reclamación extrajudicial (cláusula 9), ni la fórmula de imputación de cantidades (cláusula 7). Por lo tanto, vemos que para disposiciones en efectivo en cajero se pacta una comisión de un 5% con un mínimo de 4 euros. Ello implica que, respecto de las cantidades obtenidas de cajero, la cuota mensual a abonar (3%), no alcanza ni siquiera la comisión (5%), de forma que ese 5% de más es superior al porcentaje que resta para amortizar capital (1,072%), incrementándose por ello ad infinitum cada mes la deuda, ya que la porción no amortizada (3,98%), incrementa el capital para devengar nuevos intereses. Esa información no se explica en modo alguno al consumidor.

Además, transcurrido el plazo de tres meses desde la firma del contrato, las partes están de acuerdo en aumentar dicha línea de crédito, previa evaluación del riesgo crediticio del titular/es conforme a lo establecido en el contrato de tarjeta. De esta forma, la financiera obtiene de antemano el consentimiento del consumidor para incrementar la línea de crédito, es decir, para aumentar la deuda diseñada para ser infinita, pese a que éste ha marcado la "x" en la golosa oferta de una línea de crédito por 300 euros a devolver en tres meses sin intereses en cuotas de 100 €, es decir, cuotas del 33%, y no del 3% como resulta de la opción no marcada, pero que parece operar indefectiblemente si se prolonga más allá de tres meses el contrato).

En la cláusula 9 de las condiciones particulares de la tarjeta consta además la posibilidad de alterar las condiciones generales del contrato, incluidos los intereses, de forma unilateral, previa comunicación al titular con una antelación mínima de dos meses, y cargando al consumidor con la obligación de actuar para evitar que se le apliquen las mismas. Además en cuanto al interés, en los Modos de Pago de la Tarjeta y en el apartado A2 relativo al Sistema Crédito (Revolving) el último párrafo dice: "Atendiendo a los cambios que pueda experimentar el mercado y a los costes que asume CETELEM en la gestión de la tarjeta, como consecuencia de dichos cambios, el tipo de interés podrá ser revisado conforme a lo establecido en la cláusula de modificación de condiciones generales". En el caso concreto se ignora si se ha producido a lo largo de la vida del contrato tal alteración, aunque la parte actora en la reclamación que dirigió al servicio de atención al cliente denuncia que se le han cargado intereses del 24% y hasta del 29%.

Vemos también en la cláusula sobre condiciones particulares de "préstamo mercantil", en el apartado devengo de intereses, se dice expresamente que "en caso de préstamos con período de carencia en el pago de capital CETELEM podrá capitalizar mensualmente los intereses devengados durante el periodo de carencia. Dichos intereses se presentarán al cobro dentro de las primeras cuotas mensuales hasta su completa liquidación".

Por ello, vemos que en el presente caso, sin conocer detalle del uso en el tiempo de esta tarjeta, porque no se ha aportado por ninguna de las partes, el actor reclamó en carta de 7 de enero de 2020 al Servicio de Reclamaciones y Atención al Cliente de BANCO CETELEM

S.A.U. interesando la liquidación detallada por la que resten todas las cantidades abonadas por dicho crédito y todas las cantidades dispuestas. También se aporta como documento de la demanda una carta de BANCO CETELEM en respuesta a dicho requerimiento, de 18 de febrero de 2020 se informa que, respecto del contrato de 22 de enero de 2016, el préstamo mercantil por importe de 388,00 € a pagar en 6 cuotas de 64,67 € está saldado completamente. Y respecto de la tarjeta con una línea de crédito asociada, mediante la cual se podían realizar utilizations y disposiciones hasta el límite máximo autorizado, en la actualidad se deben 7.475,00 € a pagar en mensualidades de 224,25 €. Además informa la demandada de otro contrato suscrito en septiembre de 2016, que no es objeto de estos autos.

No se comprende cómo de una línea de crédito de 300 euros a pagar en tres meses sin intereses, se ha llegado a la deuda actual.

El Tribunal, sin cuestionar la incorporación de las cláusulas comprensivas de los intereses y el sistema "revolving", ciertamente debe predicarse la ausencia de la debida transparencia en las mismas, al no permitir al consumidor conocer de manera razonable, el coste real que asume al tiempo de suscribir el crédito asociado a la tarjeta contratada. Así, en primer lugar, las estipulaciones comprensivas de los intereses y el sistema "revolving" no se encuentran destacadas de ningún modo, sino que figuran dentro del conjunto global del Condicionado General del contrato, mediante un tipo de letra similar al del resto de dicho clausulado, y en unión a otras muchas cláusulas; lo que no contribuye a su percepción. Por otro lado, tampoco la redacción de las cláusulas permite una clara percepción de la obligación de pago a asumir, ya que el tenor literal de la misma prevé el abono de un porcentaje del límite del crédito, mas no clarifica otros extremos esenciales, ni, en primer lugar, cómo se conforma dicho saldo deudor, respecto de lo cual se debe acudir a otra parte del clausulado.

Respecto de los Modos de Pago y cómo se define el "Sistema de Pago Habitual", que es el crédito revolving, contiene además en el apartado 3 una estipulación conforme a la cual "Toda disposición efectuada por el sistema de pago habitual de la TARJETA que sobrepase el límite de la Línea de Crédito Actual supondrá la automática ampliación de la misma hasta cubrir el exceso producido". De esta forma el consumidor, que ha marcado un límite determinado para su endeudamiento, valorando su posibilidad de hacer frente al mismo, y que pudiera esperar que se rechazara un pago que excediera el límite marcado, no es consciente de que en realidad no tiene límite en el uso de la tarjeta, pues este se amplía automáticamente en cada disposición de exceso, de forma que puede continuar realizando compras y obteniendo dinero en cajeros, mucho más allá de lo firmado y de lo valorado.

En el caso examinado lo relevante no es el uso que el demandante hubiese hecho de la tarjeta, ni si los intereses a la postre pagados son o no excesivos, sino la información que antes de la celebración del contrato se hubiese dado al cliente para que conociera las condiciones económicas del contrato, información que no viene en absoluto acreditada, por lo que procede concluir la falta de transparencia de las mismas y, por ende, su nulidad.

Concluida la falta de transparencia de las cláusulas en cuestión, resulta necesario poner de relieve que, pese a que el artículo 9.2 L.C.G. C. y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, contienen un criterio favorable a la subsistencia del negocio jurídico, en el supuesto actual, como ya se adelantó, no parece que pueda ser mantenido a la luz del propio contenido contractual y de la

afectación de la declaración de falta de transparencia y abusividad a unas cláusula definitorias de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema de pago revolving, cuya nulidad, estimamos vacía de contenido el contrato en cuestión, lo que obliga a decretar la nulidad en su totalidad, y en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.303 C.C., es decir, la "recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y del precio, con los intereses", que, en este caso, comporta el abono por la entidad demandada de la cantidad que resulte de la diferencia entre las cantidades abonadas de modo global por el actor, y el capital dispuesto por éste con cargo al contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes, y para el caso en el que el capital dispuesto fuera superior a la cantidad abonada por el demandante, al pago por este de la diferencia."

Este supuesto recogido es prácticamente idéntico, siendo también un contrato del mismo tipo con Banco Cetelem, por lo que se aceptan las conclusiones del mismo, entendiéndose que los intereses remuneratorios pactados no se superan el control de transparencia.

Igualmente, dado la similitud del supuesto, es procedente atender a la consecuencia jurídica fija en la anterior sentencia, en base a los artículos 9 de la LCGC y art. 1303 del CC: *"Concluida la falta de transparencia de las cláusulas en cuestión, resulta necesario poner de relieve que, pese a que el artículo 9.2 L.C.G. C. y el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, contienen un criterio favorable a la subsistencia del negocio jurídico, en el supuesto actual, como ya se adelantó, no parece que pueda ser mantenido a la luz del propio contenido contractual y de la afectación de la declaración de falta de transparencia y abusividad a unas cláusula definitorias de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema de pago revolving, cuya nulidad, estimamos vacía de contenido el contrato en cuestión, lo que obliga a decretar la nulidad en su totalidad, y en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.303 C.C., es decir, la "recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y del precio, con los intereses", que, en este caso, comporta el abono por la entidad demandada de la cantidad que resulte de la diferencia entre las cantidades abonadas de modo global por el actor, y el capital dispuesto por éste con cargo al contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes, y para el caso en el que el capital dispuesto fuera superior a la cantidad abonada por el demandante, al pago por este de la diferencia"*. Lo anterior, se entiende que no implica incongruencia, pues hablamos de una consecuencia legal que debe ser valorada.

Quinto.- Dicho lo anterior, hay que valorar la prescripción. Efectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 16 de julio de 2020, ha indicado que:

"El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

En este caso, no podemos entender que la acción esté prescrita, pues hay que tener en cuenta varios factores. La prescripción pasó de 15 a 5 años, siendo que cuando se firmó el

contrato era de 15 años, habiendo una reducción de las posibilidades de reclamar. Esta reducción limita o hace difícil el ejercicio del derecho del consumidor (en los términos de la jurisprudencia europea), máxime si se tiene en cuenta que no es hasta transcurrido un tiempo, cuando el consumidor se empieza a dar cuenta de las consecuencias de lo firmado, con lo que el plazo de cinco años no puede ser aplicado desde la firma del contrato o desde la fecha de reforma de 2015

Sexto.- Dadas las consecuencias jurídicas de la nulidad, no es necesario valorar la abusividad de la comisión de reclamación.

Séptimo.- De conformidad con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse sustancialmente las pretensiones de la demanda, se condena en costas a la parte demandada.

En virtud de lo anterior,

FALLO

Se **estima íntegramente** la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dña. _____, en nombre y representación de D./Dña. _____,

, contra Banco Cetelem S.A.U. y, por tanto:

- Se **declara** la no incorporación de la cláusula donde se pactan los intereses remuneratorios del contrato de “tarjeta de crédito sistema flexipago”.

- Se decreta la nulidad contractual, y en consecuencia, procede la recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y del precio, con los intereses, que, en este caso, comporta el abono por la entidad demandada de la cantidad que resulte de la diferencia entre las cantidades abonadas de modo global por el actor, y el capital dispuesto por éste con cargo al contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes, y para el caso en el que el capital dispuesto fuera superior a la cantidad abonada por el demandante, al pago por este de la diferencia.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Así, por esta mi sentencia, en primera instancia, lo acuerdo, mando y firmo.