

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 07 DE ALCOBENDAS

C/ Joaquín Rodrigo, 3 , Planta 3 - 28100

instancia7_alcobendas@madrid.org

42020310

NIG: 28.006.00.2-2023/0013721

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 343/2023

Materia: Resto de acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación
Negociado AMC88

Demandante: ASOCIACION DE
CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA
(ACTUA)

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Demandado: SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR EFC S.A.

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 151/2023

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARTA BELEN RABADAN
TORRECILLA

Lugar: Alcobendas

Fecha: tres de octubre de dos mil veintitrés

Vistos por mí, Marta Belén Rabadán Torrecilla, magistrada por sustitución, del juzgado de primera instancia número 7 de Alcobendas los presentes autos de juicio ordinario n.º 343/2023, seguidos por la demanda interpuesta por la procuradora doña María Jesús Mendiola Olarte , en nombre y representación de la Asociación de Consumidores por la Transparencia y su utilización adecuada (ACTUA), en defensa de los intereses de la asociada , bajo la dirección letrada de don Manuel Martínez Juárez; y dirigida contra la entidad SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C., S.A., representada procesalmente por el procurador y defendida por el letrado don , sobre nulidad de condiciones generales de contratación en contrato de tarjeta de crédito,, procede dictar la presente resolución en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por turno de reparto correspondió a este juzgado el conocimiento de la precedente demanda de juicio ordinario presentada en decanato, el día 12 de mayo de 2023 y turnada a este Juzgado, en la que la parte actora, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando que se dictase sentencia de acuerdo con el suplico de su demanda.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto se ordenó emplazar a la parte demandada, para que en el término de veinte días compareciera en los autos y contestara a la demanda. Personada la parte demanda y formulada en tiempo y forma la contestación a la demanda interesando la desestimación de la misma, se dictó diligencia



de ordenación, citando a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, finalmente el día 11 de septiembre de 2023.

Tercero.- El día señalado tuvo lugar la Audiencia Previa a la que comparecieron las partes con representación procesal y defensa letrada. Abierto el acto, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, se desestimaron las excepciones procesales, se fijaron los hechos controvertidos y según lo solicitado se recibió el pleito a prueba. La actora propuso documental. La demandada propuso documental. Admitida la prueba propuesta y siendo únicamente prueba documental, se declararon los autos conclusos, sin necesidad de juicio, y a la vista para dictar sentencia.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora promueve el presente procedimiento, solicitando en el suplico de la demanda sentencia:

“(i)Que declare la nulidad, por abusiva, de la cláusula de comisión de reclamación por posiciones deudoras, recogida en el apartado “Consecuencias en caso de impago” (vid. doc. 7. pág. 2) dentro de las condiciones particulares, y en el apartado 4 de las condiciones generales (vid. doc. 7. pág. 4), del contrato de tarjeta de fecha 4 de octubre de 2019 suscrito entre SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C., S.A, y _____, debiendo la entidad demandada devolver las cantidades percibidas, en su caso, en aplicación de dicha cláusula, incrementándose el importe que corresponda en los intereses previstos en los artículos 1303 y 1108 del Código Civil y en el artículo 576 de la LEC, conforme a jurisprudencia, desde el momento de su abono por parte de mi mandante hasta el día del efectivo cobro. Que condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

(ii) Que declare la nulidad, por abusiva, de la cláusula denominada “Imputación de pagos”, relativa al orden de satisfacción de la deuda, ubicada dentro de las condiciones generales del contrato de tarjeta de crédito (vid. doc. 7. pág. 5), de fecha 4 de octubre de 2019, suscrito entre _____, y SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C., S.A, con los efectos legales establecidos en la normativa de aplicación y en la jurisprudencia que la desarrolla. Que condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

(iii) Que condene a la entidad demandada al pago de las costas del presente proceso, con declaración expresa de temeridad del litigante”.

Frente a las pretensiones deducidas en su contra la parte demandada, mantiene la validez de la comisión de posiciones deudoras, entiende que no genera desequilibrio, respondiendo a un servicio efectivamente prestado. Alega información clara de la trascendencia económica y patrimonial del producto contratado, de su funcionamiento y del coste, con utilización de la tarjeta desde el año 2019, sin haber manifestado disconformidad con los intereses ni con los demás, validando por sus propios actos la operativa recogida en el contrato.



SEGUNDO.- Para dar respuesta a la controversia que ahora se suscita, y atendiendo al vínculo contractual suscrito entre las partes, puede advertirse cómo nos encontramos ante un contrato de tarjeta de crédito revolving, el cual debe ser considerado como un contrato atípico por virtud del cual una persona (entidad emisora y/o gestora) se obliga frente a otra (titular de la tarjeta), a poner a su disposición una cierta cantidad de dinero, que pagará a determinadas personas (establecimientos adheridos) durante los plazos establecidos, previa utilización de la citada tarjeta, facilitada por la propia entidad, y a la prestación de otros servicios; por otra parte, el titular se obliga al reembolso de las sumas de dinero dispuestas, a los intereses, a pagar una cuota por su utilización en los términos pactados, y a utilizarla correctamente, si bien la diferencia esencial entre el tipo de contrato, objeto de autos, y las tarjetas de crédito convencionales estriba en que la devolución se realiza a través de pagos aplazados mediante un crédito preconcedido que se reintegra a través de cuotas mensuales. Al tratarse de un contrato atípico, deberemos acudir, a efectos de delimitar su régimen jurídico, a las normas generales del Código Civil. A tal efecto, y como es sabido el artículo 1091 del Código Civil establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos; consagrando, así., el principio de pacta sunt servanda, íntimamente relacionado con los artículos 1254 y 1258 del mismo Texto Legal, de los que se desprende que, existiendo el contrato desde que una o varias personas consiente en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, los mismos se perfeccionan por el mero consentimiento, obligando entonces al cumplimiento de lo pactado y, como reconoce la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003) de todo aquello que según la naturaleza del contrato, sea conforme a la buena fe, al uso y a la Ley. Igualmente, de conformidad con el artículo 1089 del Código Civil, los contratos se erigen en fuente de las obligaciones, no pudiendo dejarse su cumplimiento al arbitrio de uno sólo de los contratantes (artículo 1256 del Código Civil).

Finalmente, el artículo 1278 del Código Civil señala que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez. De este precepto resulta que la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas, sino de la concurrencia de las condiciones que establece el artículo 1261 del Código Civil. Así lo ha reconocido la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1983, 10 de marzo de 1999, ó 26 de abril de 1999, 26 de noviembre de 2002, 18 de mayo de 2005, ó 5 de enero de 2012, entre otras) al decir que el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no implica la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos.

TERCERO.- No siendo controvertido la condición de consumidor de la parte demandante ha de examinarse la naturaleza jurídica que ha de atribuirse a las cláusulas contractuales pactadas; y ello porque, como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015, para que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. O, cuanto menos, que se trate de cláusulas no negociadas, aunque falte el último de los requisitos indicados. Así resulta del artículo 3 de la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y de los artículos 80 y siguientes del



Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encuadrados bajo el epígrafe de “cláusulas no negociadas individualmente”.

Examinadas las cláusulas controvertidas, no pueden sino ser consideradas éstas cláusulas como condiciones generales de la contratación. En efecto, de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación:

“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”.

Por tanto, de este precepto se desprende que la condición general de la contratación presenta las siguientes notas características: 1) la contractualidad; 2) la predisposición de la cláusula o redacción de la misma con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato, con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos; y 3) la imposición, ya que la incorporación de las condiciones generales al contrato se realiza por iniciativa exclusiva del predisponente, frente a lo cual, el adherente únicamente puede optar por su aceptación, esto es, contratar sometiéndose a las condiciones generales preestablecidas, o renunciar al contrato.

El análisis de los requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, entre las que merecen destacarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ó de 8 de septiembre de 2014, de las cuales pueden extraerse las siguientes consideraciones: Primera.- El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. Segunda.- El conocimiento de una cláusula, sea o no condición general o condición particular, es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias, no obligaría a ninguna de las partes. Tercera.- No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. Cuarta.- La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Quinta.- No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Sexta.- Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. Y Séptima.- la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae en el empresario.

CUARTO.- Sentado, conforme a lo que se ha expuesto en los precedentes fundamentos de derecho, que las cláusulas, objeto de autos, son condiciones generales de la contratación, y que el demandante tiene la condición de consumidor, se ha de entrar, seguidamente, en el análisis de la validez o nulidad de las cláusulas controvertidas.



El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica del contrato celebrado, esto es, el 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 elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014, la cual, en relación al control de transparencia señala lo siguiente:

«Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina jurisprudencial aplicable. 4. Contexto interpretativo. El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico. En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación.

En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012, de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.

5. Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación. En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada



Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/20149).

6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículo 80.1 a Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013, C- 427/11, y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera “transparencia formal o documental” sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario



pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C- 26/13, declarando, entre otros extremos, que: “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

QUINTO.- Se cuestiona la validez de las cláusulas referentes a comisión por impagos e imputación de pagos.

A.- COMISIONES POR IMPAGOS (cláusula 4) de las condiciones generales, susceptible del control de abusividad.

Con respecto a esta cuestión ha de atenderse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada a partir de la sentencia 566/2019, de 25 de octubre, a la que se remite la reciente sentencia del Alto Tribunal número 1036/2023 de 27 de junio que en su fundamento jurídico cuarto señala lo siguiente:

«1.- La Sala ya se ha pronunciado sobre la comisión por reclamación de posiciones deudoras como indemnización por incumplimiento, habiéndose fijado criterio a partir de nuestra sentencia 566/2019, de 25 de octubre, reiterado en otras posteriores como la sentencia 431/2020, de 15 de julio. A dicho criterio nos remitimos.

2.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

3.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Como declaramos en las SSTs 566/2019, de 25 de octubre y 431/2020, de 15 de julio, 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.

Desde esta perspectiva hay que diferenciar entre la previsión contractual de la comisión, por un lado, y su devengo y cobro en caso de realizarse efectivamente el servicio o abonarse los gastos repercutidos, por otro (STS 431/2020, de 15 de julio).

4.- En la cláusula cuarta de la escritura préstamo de 28 de abril de 2015 se establece que "la Caja cobrará igualmente a la parte prestataria, una comisión por cada impago que se produzca en los vencimientos concertados, por importe de 18, 00 € (DIECIOCHO EUROS) [...]".

Si contrastamos la cláusula controvertida con las anteriores exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo, por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo.

5.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

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

7.- Como consecuencia de lo expuesto, procede estimar la demanda y el recurso de apelación del demandante en este punto, declarar la nulidad por abusiva de la referida cláusula sobre posiciones deudoras [...]»

La aplicación de la doctrina expuesta lleva a apreciar la abusividad de las cláusulas aquí examinadas de cuya lectura resulta la misma indeterminación que se aprecia en la resolución extractada, sin constar la justificación del gasto y sin establecerse cantidad fija en la comisión por disposición de efectivo, con meras referencias porcentuales entre mínimos y máximos.



Así en este mismo sentido, sobre la comisión por impago, en un cláusula similar, de un contrato de la misma naturaleza suscrito con la misma demandada, se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.^a de 17 de febrero, señala que:

«La cláusula (apartado 4 del condicionado general) establece una comisión de 30 euros por reclamación de impago. Añade que la Entidad podrá volver a presentar al cobro los importes impagados incrementados según lo indicado anteriormente.

La cláusula ciertamente muestra una absoluta indeterminación sobre los servicios concretos que se pretenden retribuir, lo que incide en su automatismo, así como permite su reproducción.

Tal y como está formulada, se aplica de forma automática y con posibilidad de reiteración (- STS 566/2019 -), de modo que la cláusula no cumple con los requisitos previstos jurisprudencialmente, por lo que debe declararse su nulidad por abusiva. Añade el Tribunal Supremo en la sentencia citada que debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser parcialmente estimado a fin de declarar la nulidad de la cláusula de comisión por impago».

B.- CLÁUSULA SOBRE IMPUTACIÓN DE PAGOS.

Se examina sobre esta cuestión la cláusula 6 de las condiciones generales: “Imputación de pagos. Cualquier cantidad vencida, exigible y recuperada del Ciente, se imputará en primer lugar, al pago de intereses; en segundo lugar, al pago de comisiones, incluyendo la reclamación por impago, gastos ocasionados y seguro; y en último lugar, al reembolso del principal adeudado por orden de antigüedad den los vencimientos impagados de forma que siempre se amortizará el capital impagado más antiguo”.

También se ha pronunciado sobre esta cláusula, en contrato similar, de la misma demandada, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.^a en sentencia 634/2022, de 9 de septiembre, que resuelve sobre una acción colectiva de cesación y que en su fundamento jurídico quinto señala lo siguiente:

“El cuarto motivo del recurso se refiere a la cláusula de imputación de pagos.

Como establece, entre otras muchas, la STJUE de 14 de marzo de 2013, "Aziz", C-415/11, apartado 68, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

En este caso, las normas aplicables en defecto de pacto serían las establecidas para la imputación de pagos en los artículos 1.172 a 1.174 Cc.

El problema no se suscita en relación a la deuda de intereses puesto que, en todo caso, si la deuda produce intereses el deudor no puede imputar el pago al principal mientras no estén cubiertos los intereses - artículo 1.173 Cc -, regla que se considera limitativa de la



facultad del deudor de verificar la imputación, por lo que su alteración requeriría el consentimiento del acreedor.

El problema se suscita en cuanto la imputación de pagos constituye una facultad del deudor que precisamente encuentra su fundamento en la idea de la menor restricción posible de la libertad de éste.

Y la cláusula en cuestión suprime dicha facultad.

Por otra parte, se concede prioridad al pago de comisiones, gastos ocasionados y seguro frente al principal y, al margen de que esa decisión correspondería al deudor, la deuda más onerosa, por el tipo de interés que lleva aparejada y las características de este tipo de créditos, es la que corresponde al principal, de modo que el deudor se ve obligado a imputar el pago a otras deudas pecuniarias menos onerosas.

En consecuencia, la cláusula debe considerarse abusiva.

Y así lo han entendido las SSAP de La Rioja de 31 de octubre de 2017, Rec. 378/2017; Lleida de 7 de junio de 2018, Rec. 740/2016; Zaragoza, Sección 5, de 19 de septiembre de 2018; Málaga, Sección 6, de 22 de octubre de 2019, Rec. 557/2018; Granada de 19 de marzo de 2019, Rec. 530/2017; Baleares de 17 de abril de 2019, Rec. 133/2019; Alicante, Sección 8, del 21 de febrero de 2020 Rec. 1047/2019; Tarragona de 25 de febrero de 2021, Rec. 409/2019 y La Rioja de 12 de noviembre de 2021, Rec. 305/2020”.

Este criterio de la Audiencia Provincial, es el que se va a seguir en la presente resolución, para apreciar abusividad de la cláusula de imputación de pagos, no ya por desequilibrio teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1173 CC, sino por haberse sustraído de negociación por el predisponente del contrato de adhesión.

SEXTO.- En cuanto a los efectos de la nulidad declarada de las cláusulas antes expuestas, deberán tenerse por no puestas, debiendo la demandada restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de las referidas cláusulas, determinándose en ejecución de sentencia.

SÉPTIMO.- Las cantidades a restituir se determinarán en su caso en ejecución de sentencia, aplicándose el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda (artículos 11000 y 1108 CC).

OCTAVO.- Lo anteriormente expuesto, conlleva la estimación íntegra de la demanda, con condena en costas a la parte demandada, de acuerdo con el artículo 394 LEC. No se aprecia razón para estimar temeridad en la demandada a efectos de la condena en costa.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación al presente caso

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por la procuradora doña María Jesús Mendiola Olarte , en nombre y representación de la Asociación de Consumidores por la Transparencia y su utilización adecuada (ACTUA), en defensa de los intereses de la asociada , bajo la dirección letrada de don Manuel Martínez Juárez; y dirigida contra la entidad SERVICIOS FINANCIEROS CARREFOUR, E.F.C., S.A., representada procesalmente por el procurador y defendida por el letrado



, debo declarar y DECLARO la nulidad por ser abusivas de las siguientes cláusulas del contrato suscrito por las partes de fecha 4 de octubre de 2019:

(i) La cláusula referente a comisiones por impago (cláusula 4.ª) debiendo la entidad demandada devolver las cantidades percibidas, en su caso, en aplicación de dicha cláusula, incrementándose el importe que corresponda en los intereses previstos en los artículos 1303 y 1108 del Código Civil y en el artículo 576 de la LEC, conforme a jurisprudencia, desde el momento de su abono por parte de la demandante hasta el día del efectivo cobro, condenando a la demanda a pasar por la anterior declaración.

(ii) La cláusula sobre imputación de pagos (cláusula 6.ª), que deberá tenerse por no puesta, con los efectos legales establecidos en la normativa de aplicación y en la jurisprudencia que la desarrolla, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Todo ello con condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a partir del siguiente al de su notificación, para su posterior decisión por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta de este Órgano 5689-0000-04-0343-23 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcobendas, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 5689-0000-04-0343-23.

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.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por MARTA BELEN RABADAN TORRECILLA