

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 VALLADOLID

SENTENCIA: 00001/2020-

CALLE NICOLAS SALMERON N° 5
Teléfono: 983.41.33.61, Fax: 983.41.32.70
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MMR
Modelo: 0030MD

W.I.G.: [REDACTED]
ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 [REDACTED] /2019

Procedimiento origen: MON MONITORIO 0000 [REDACTED] 2019

Sobre **RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATACION**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. IRUNE ELORRIAGA GARCIA
Abogado/a Sr/a. CÉSAR DURO ÁLVAREZ DEL VALLE
DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N°1/2020

En VALLADOLID a DOS de ENERO DE DOS MIL VEINTE .

D. FERNANDO MARTÍN VERONA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 11 de Valladolid y su Partido Judicial, vistos los autos del Juicio Ordinario seguido con el N° [REDACTED]/2019, en el que han sido partes D. [REDACTED] representado por la Procuradora Dª. Iruñe Elorriaga García y asistido por el Letrado D. César Duro Álvarez Del Valle como demandante y la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Dª. [REDACTED] y asistida por el Letrado D. [REDACTED], como demandada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Los presentes autos traen causa de la demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, presentada por la Procuradora Dª. Iruñe Elorriaga García en nombre y representación de D. [REDACTED] el día 17 de mayo de 2019, en la que, tras citar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de pertinente aplicación, terminaba solicitando se dictare sentencia en la que:

.-Se declare la nulidad del contrato de tarjeta por contener unos intereses usurarios, resolviéndose el mismo y debiendo devolver la entidad demanda a mi representado la cantidad

pagada de más respecto a la dispuesta, aportándose cuadro de movimientos completo por la parte demandada para conocer dicha cantidad, en atención al tipo de interés inicialmente contenido en el contrato -24,60%-; subsidiariamente el aplicado desde mayo de 2008 -26,82%-; o subsidiariamente desde noviembre de 2015 -32,03%-.

.- Subsidiariamente a la petición anterior, declare la nulidad:

.- De las cláusulas indebidamente modificadas de forma unilateral por la demandante, recalculándose conforme a las cláusulas inicialmente pactadas y devolviéndose a mi representado lo abonado en virtud de dichas cláusulas.

.- De las cláusulas aplicables a la tarjeta que establecen las comisiones por exceso sobre el límite y de reclamación de cuota impagada, devolviéndose a mi representado lo cobrado por estos conceptos con los intereses correspondientes.

.-En todo caso, se declare la nulidad de las cláusulas de comisión por descubierto y por cuota impagada, así como de los gastos por correo cobrados en virtud del contrato de cuenta corriente, devolviéndose a mi representado lo cobrado por estos conceptos -sin computar las cantidades ya devueltas- con los intereses correspondientes.

.-En cualquier caso, se condene en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, tras la subsanación de los defectos apreciados, mediante Decreto de 3 de julio de 2019, se dio traslado de la demanda y los documentos presentados a la demandada emplazándola para que contestara a la misma en el plazo de 20 días, lo que hizo mediante escrito de 19 de septiembre de 2019 presentado por la Procuradora D^a.

[REDACTED] en nombre y representación de la entidad BANCO SANTANDER, S.A. en el que, tras la cita de los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación pertinente, terminaba solicitando se dictare sentencia desestimando la demanda, absolviendo a su representada de los pedimentos que en ella se contienen, haciendo expresa imposición de costas al actor.

Por de Diligencia de Ordenación de 23 de septiembre de 2019 se admitió a trámite la contestación a la demanda y se citó a las partes para la Audiencia Previa prevista en los artículos 414 y ss de la L. E. Civil, la cual tuvo lugar el día 9 de octubre de 2019 a cuyo acto comparecieron el demandante D. [REDACTED] y la entidad BANCO SANTANDER, S.A. ratificándose respectivamente el actor en su demanda y la demandada en su contestación a la demanda. En dicha Audiencia Previa no se logró un acuerdo o transacción.

Solicitado y admitido el recibimiento del pleito a prueba, dentro de la prueba propuesta se admitió la documental, señalando el día 16 de diciembre de 2019 para la celebración de la vista.

TERCERO.- Llegado el día señalado se celebró la vista. Por las partes comparecidas se formularon las conclusiones que estimaron oportunas, siendo los autos declarados conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este Juicio se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiéndose interesado por la parte actora la declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho del contrato de tarjeta de crédito de 8 de febrero de 2006, por entender que los intereses remuneratorios eran usurarios y dado que la consecuencia, si se estimara la demanda, afectaría a todo el contrato con todas sus cláusulas, lo que haría innecesario el análisis de las demás cuestiones planteadas en la demanda relativas a dicho contrato de tarjeta de crédito, procede comenzar por el análisis de dicha pretensión.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictada por el Pleno el 25 de noviembre de 2015, recurso de Casación 2341/2013, citando la sentencia 539/2009 de 14 de julio, ha señalado que el carácter usurario de un crédito conlleva su nulidad radical, absoluta, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva.

Esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictada por el Pleno el 25 de noviembre de 2015, recurso de Casación 2341/2013, ha señalado que para poder considerar un préstamo usurario basta que se den los requisitos exigidos en el primer inciso del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, es decir que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Continúa señalando la sentencia citada que el interés que ha de tenerse en cuenta no es el nominal sino la Tasa Anual Equivalente (TAE) y debe ser comparado no con el legal del dinero sino con el normal del dinero, para lo cual se 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. Termina indicando la referida sentencia que es la entidad financiera la que debe acreditar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifican la imposición de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, ya que la normalidad no precisa de prueba, no considerándose como tal prueba el riesgo derivado de un 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.

La cuestión que se discute es si el tipo de interés con el que ha de hacerse la comparación es con el aplicado para los préstamos o créditos al consumo o bien con el que se aplica por las diversas entidades bancarias para las tarjetas de crédito como la de autos, sobre lo que hay discrepancia entre las diversas Audiencia Provinciales.

La Audiencia Provincial de Valladolid ya se ha pronunciado sobre este tema, así la sentencia de la Sección 3ª de 6 de marzo de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 555/2018, en el mismo sentido que la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de junio de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 32/2019, ha señalado que: "Esta Sección ha abordado la cuestión que hoy nos ocupa en varias resoluciones, entre ellas los autos de 18-7-2017, de 14-11-2017 o de 18-1-2018. En todas ellas nos hacemos eco de la doctrina sentada por la STS de 25 de noviembre de 2015, cuyo contenido huelga reproducir pues ya se consigna en la sentencia apelada. La entidad apelante aduce que el "interés normal del dinero" con el que debe efectuarse la comparativa del interés remuneratorio litigioso a fin de determinar si el mismo ha de calificarse o no como notablemente superior, no es el medio que se fija en las estadísticas del Banco de España para las operaciones de crédito al consumo, sino que ha de estar al específico de las tarjetas de crédito que es el tipo de concreta operación crediticia que aquí nos ocupa, muy superior y dentro del cual encaja dentro de la media el que aquí se cuestiona en el presente procedimiento.

Para que el préstamo pueda ser considerado usurario, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso". La citada STS de 25 de noviembre de 2015, en relación con un crédito "revolving" con el que no se aprecian sensibles diferencias con la operación de financiación que nos ocupa, establece que "El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia" (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse

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 (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.)".

A la hora de realizar dicha comparativa el TS acude al interés medio de los créditos al consumo reflejado en dichas estadísticas, categoría dentro de la cual enmarca a tal efecto este tipo de operaciones, tomando ya en consideración las características de alto riesgo que entrañan para la entidad de crédito, dada la ausencia de garantías y su concesión ágil sin comprobación de la solvencia del prestatario. Tal es el parámetro comparativo que ha de utilizarse por tanto y no el que aduce la entidad apelante, el medio o usual en operaciones de tarjetas de crédito. De lo contrario se vería frustrado el fin perseguido por el criterio sentado por la STS comentada de 25-11-2015, que claramente se endereza a poner coto a un sistema de financiación que fomenta un consumismo irresponsable y hace pechar al prestatario que atiende a sus obligaciones voluntariamente o que goza de solvencia al efecto no solo con el lógico y normal beneficio que corresponde a la entidad prestamista en toda operación de financiación, sino también con los fallidos que la ligera concesión de tales créditos comporta. Así se deduce del propio texto de la citada STS cuando establece que " Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del 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". Por otra parte, no se ha acreditado concurren en el caso de autos circunstancias excepcionales que justifiquen o expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo."

En este mismo sentido se han pronunciado las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de

marzo de 2019 , sección 6ª , recurso de apelación nº 42 /2018, de 26 de abril de 2018, sección 5, recurso de apelación nº 193/2018 y de 29 de junio de 2018, sección 5ª, recurso de apelación nº 320/2018, señalando esta última sentencia que :
"En el orden sustantivo, el debate sobre el "interés de mercado de referencia", para determinar si el del contrato es superior al normal del dinero y si viene justificado por las circunstancias del caso, es recurrente y ya nos hemos pronunciado al respecto en nuestra sentencia de fecha 17-4-2018 (RPL 164/18):"Se trata de un debate recurrente el que enfrenta a los consumidores con las entidades de crédito sobre si el interés de referencia como normal del dinero para decidir sobre si el pactado es notablemente superior y no justificado por las circunstancias del caso (art. 1 LRU) es el aplicado a los préstamos o créditos al consumo o, por el contrario, como defiende la recurrida, aquel específico habitualmente ofertado en el mercado para este concreto tipo de productos (las tarjetas de crédito), y en este sentido la STS de 25-11-2.015 marcó tendencia al validar el criterio de la recurrida en aquel recurso de acudir al interés medio de los préstamos al consumo, y supuesto en el cual la advertencia que la recurrente hace sobre la diferencia entre el TAE y el TEDR en nada afecta al resultado.

De otro lado, la recurrente invoca tanto la prescripción de la acción como su caducidad y la falta de control por los tribunales del interés pactado e incluso interesa que, de declararse la nulidad, se aplique el interés legal, obviando al así alegar que la sanción de nulidad que establece el art. 3 de la LRU es ope legis, insanable y originaria y que los efectos de su declaración vienen reglados imperativamente por dicho precepto.

Como sea que este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente al respecto, cumple con reproducir sus consideraciones vertidas en anteriores sentencia; y así dijimos en la de 23-5-2017 (nº 198/2017 Rollo 211/2017): "La demandada se apoyó en su contestación en las consideraciones de la sentencia de este Tribunal de 11-05-2.015, relativas a un supuesto muy cercano al que nos ocupa, mientras que la demandante trae a colación las de la STS de 25-11-2.015, en la que, a su vez, descansa la decisión estimatoria de la instancia.

En aquella nuestra sentencia concluíamos que, para decidir sobre si el interés remuneratorio pactado era usurario, es decir, notablemente superior al normal en el mercado, debía tomarse por referencia el habitualmente aplicado por las entidades de crédito en los contratos de emisión de tarjeta de crédito, no bastando acudir al tipo medio de los créditos al

consumo, en general y al margen de la forma pactada de financiación.

Por el contrario, la STS, analizando un supuesto cercano al de autos, considera como referencia aceptable para decidir sobre si el interés remuneratorio pactado es notablemente superior al normal del dinero el tipo del "interés medio de los préstamos al consumo", de acuerdo con la información publicada por el Banco de España, y por eso en nuestra posterior sentencia de 7-10-2.016 abandonamos aquel criterio y nos acogimos al del T.S.; y del mismo modo otras Audiencias han seguido la estela marcada por esa resolución (empezando por la Sección 4ª de esta Audiencia, S. 25-01-2.016 y en ese sentido Huesca, Secc. 1ª, de 17-01-2.017, Pontevedra, Secc. 6ª, de 27-10-2.016, Coruña, Secc. 4ª, de 24-02-2.017, Badajoz, Secc. 3ª, de 12-02-2.017 y Córdoba, Secc. 1ª, de 19-01-2.017), de forma que, en consecuencia, procede confirmar la recurrida". Y en la sentencia de fecha 10-07-2.017, (nº 266/17 Rollo 268/179): "Dicho lo anterior, podemos pasar al verdadero centro de la cuestión, que no es otro que cuál debe de ser el precio o interés normal del dinero a tomar por referencia para decidir sobre el carácter usurario o no del litigioso, si el habitual en el mercado para ese concreto producto o forma de financiación o es posible y debido considerar otro distinto, cual serían los préstamos a la financiación de 1 a 5 años, como hace el actor.

La STS de 25-11-2.015 se decantó por lo segundo, su criterio es el seguido por la sentencia recurrida y también por esta Sala (sentencias de fecha 7-10-2.016, 7-4 y 23-5 2.017) y por otras muchas de nuestras Audiencias (SAP Pontevedra, Sección 6ª, de fecha 27-10-2.016, Salamanca, Sección 1ª, de fecha 18-3-2.016, Barcelona, Sección 14ª, de fecha 29-12-2.015, Jaén, Sección 1ª, de fecha 17-2-2.016, Guipúzcoa, Sección 2ª, de fecha 15-2-2.016, Madrid, Sección 20ª, de fecha 20-2-2.017, Badajoz, Sección 3ª, de fecha 15-2-2.017, Murcia, Sección 1ª, de fecha 24-10-2.016 y Lleida, Sección 2ª, de fecha 2-5-2.016....).

El art. 1 de la Ley de Represión de Usura declara usurario y, por tanto, 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; se trata, por tanto, de un supuesto de usura que, como explica la precitada STS de 25-11-2.015, requiere de la concurrencia de dos circunstancias, por un lado, el pacto de un interés notablemente superior al normal del dinero; y de otro, que dicho pacto no venga justificado por las circunstancias del caso.

En la contestación a la demanda el recurrente justifica que el interés remuneratorio normalmente aplicado a la financiación mediante tarjeta de crédito en la facilidad o disponibilidad del cliente del crédito, lo que determina un mayor riesgo, remitiéndose a las consideraciones del informe técnico acompañado con la contestación.

Dicho informe (folios 69 y sigts.) justifica el interés remuneratorio más elevado para los contratos de tarjeta de crédito en relación a los préstamos al consumo en la concurrencia de diversos elementos económicos diferenciadores (finalidad económica, mecanismos de concesión, formalización y funcionamiento, importe y plazo) que determinan un mayor riesgo en el crédito inherente al contrato de tarjeta de crédito con respecto al simple contrato de préstamo al consumo, que explicaría su interés remuneratorio notablemente más elevado con respecto al segundo (folio 81).

Es decir, que no se considera el medio de financiación mediante tarjeta de crédito como un género distinto de los contratos a la financiación para el consumo, sino como una especie de aquéllos en que el interés remuneratorio más elevado se justifica por el riesgo inherente a su configuración, es decir y por tanto, en razón del segundo de los requisitos establecidos por la Ley de Usura, a saber, las circunstancias concurrentes; a ellas se refiere el predicho informe pericial y como primera indica la distinta finalidad de la financiación, identificando la del contrato de préstamo al consumo con la adquisición de bienes duraderos o de servicios pactados de amortización en un plazo largo, mientras que la tarjeta de crédito permitiría cubrir necesidades de financiación a corto plazo, distinción que se aprecia carente de solidez por lo difuso de la línea delimitadora que defiende respecto de la finalidad de uno y otro modo de financiación (la adquisición de bienes duraderos también puede hacerse mediante tarjeta de crédito, depende de lo que se entienda por durabilidad, el precio del bien y cual sea el límite de disposición de la tarjeta).

El mecanismo de concesión (segundo de los factores diferenciadores apuntados) se vincula al estudio individualizado del perfil de riesgo del potencial prestatario, más concienzudo en la concesión de un préstamo al consumo que mediante tarjeta de crédito, sin embargo, la Ley 16/2.011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo, siguiendo la línea marcada por la Ley 2/2.011, de 14 de marzo, de Economía Sostenible, establece la obligación del prestamista, antes de celebrar el contrato de crédito, de evaluar la solvencia del consumidor (art. 14) y en el mismo sentido se manifiesta el

art. 18 de la O.M.H de 28 de octubre del año 2.011 para "cualquier contrato de crédito o préstamo".

En cuanto a su funcionamiento, se resalta la diferencia entre negocio simple de préstamo o mutuo y de concesión de crédito (en que la suma del capital del crédito no se entrega sino que se pone a disposición del cliente o consumidor), aspecto que tampoco consideramos relevante como elemento efectivamente diferenciador, que si lo es a nivel negocial no se aprecia en cuanto al riesgo, pues éste se vincula a la solvencia del prestatario, es decir, a la futura devolución por el prestatario, consumidor o cliente del capital efectivamente dispuesto, lo que nos devuelve a la anterior consideración sobre el deber del concedente del crédito de evaluar la solvencia del destinatario del crédito.

Adicionalmente se añade rasgo como diferenciador que justifica un mayor riesgo y, por ende, un interés remuneratorio más elevado el que en el préstamo al consumo se pacta un calendario de amortización, mientras que en una tarjeta de crédito el cliente tiene total libertad para determinar las cantidades a devolver. Esto no es exactamente así, depende de lo pactado, y al respecto la experiencia demuestra que los criterios de devolución son muy diversos (pago de una cantidad fija mensual, de un tanto porcentual sobre lo dispuesto, de todo lo dispuesto al final de mes....), pero no que quede a la sola libertad del titular de la tarjeta la forma y plazos de devolución de lo dispuesto.

Otro elemento diferenciador, según el informe pericial que se examina, es el importe del capital, mucho más elevado en los contratos de préstamos al consumo que en el caso de las de crédito, lo que es o puede ser así, pero que no explica la diferencia del interés aplicado en uno y otro caso.

Para acabar, se indica como elemento diferenciador el distinto plazo de amortización, superior en el caso del préstamo al consumo por la necesidad de acomodar el importe de la cuota a la capacidad del prestatario, lo que nos devuelve a lo expuesto sobre el deber del concedente del crédito de evaluar la solvencia del titular de la tarjeta al contratar y, cabalmente, después en cada prórroga o renovación de la tarjeta.

Concluyendo, siendo cierto que la Circular del Banco de España 5/2.012 de 27 de junio, en su anejo 1, recoge como supuesto distinto (dentro de los préstamos sujetos a la L. Cr. C.) los préstamos o créditos facilitados mediante tarjeta de crédito hasta 6.000 y 4.000 €, también lo es que, desde la consideración y aplicación de la Ley de Represión de la Usura,

la práctica habitual disponiendo un interés remuneratorio muy superior a otros medios de financiación no puede servir de sustento y justificación bastante, sino que, a partir de la constatación de que ese interés es notablemente superior al normal en la financiación del consumo, para soslayar la reprobación de aquella Norma y sus efectos debería acreditarse la concurrencia de una especial circunstancia que los justifique.

En este caso esa circunstancia que se invoca no se asocia al prestatario, financiado, cliente o consumidor sino al propio producto, concebido y reglamentado por el propio concedente del crédito en razón a un riesgo (la no devolución o amortización del crédito) no suficientemente acreditado (desde la consideración individual de cada titular de tarjeta) y que, por ende, conlleva el efecto de que el interés remuneratorio pierda su función (desvelando así también su abusividad) en cuanto, junto a su función retributiva, asocia otra socializadora del riesgo entre los titulares de la tarjeta de crédito (según así pone en evidencia el TS en el apartado 5 de su F.D. 3 de su sentencia citada de 25-11-2.015), de forma que, considerando individualmente cada titular de la tarjeta, el interés que se aplica a su capital dispuesto no retribuye esa suma sino, indirectamente, la de otros titulares o disponentes con los que no guarda relación".

Por lo demás, los alegatos de la libertad en la fijación del interés, el carácter o no de la cláusula que establece el interés de autos como condición general o imposibilidad de su control por abusividad son fútiles, pues la nulidad del contrato viene determinada objetivamente por tratarse de un interés superior al normal del mercado y que no viene justificado por las circunstancias del caso."

Siguiendo, por lo tanto, a la Audiencia Provincial de Valladolid el tipo de interés a tener en cuenta es el del crédito al consumo. Aplicando esos criterios al caso de autos, aunque no se dispone del contrato de tarjeta de crédito, se observa a través de los justificantes de adeudo y el resto de documental, no discutida por la demandada, quien afirma que se corresponde con lo pactado., que se han aplicado intereses remuneratorios superiores al 24 % llegando a ser del 24,60 %, 26,82 % e incluso en 2015 del 32,03 % . Si se observa la evolución del interés medio del TAE de las operaciones de crédito al consumo para las operaciones a plazo y para todos los plazos, según datos publicados por el Banco de España en la

página http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/entidades/2003_49894edbf541a41.html), desde el mes de

febrero de 2006 hasta la actualidad el tipo de interés más alto ha sido del 11,72 % en agosto de 2008.

Es evidente que los intereses aplicados, que la demandada señala que fueron los pactados en el contrato, del 24,60 % , 24,82 % y 32,03 % eran superiores de manera notable (en más de un 109 % , un 111 % y un 173 % respectivamente al tipo de interés más alto en ese periodo de tiempo) al normal del dinero y no se ha acreditado por la entidad BANCO SANTANDER, S.A. las circunstancias que habrían motivado esa desproporción. Por ello procede considerar que el contrato era nulo de pleno derecho, por lo que al amparo del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, como recuerda la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de Pleno dictada el 25 de noviembre de 2015, recurso de Casación 2341/2013, procede que el prestatario devuelva sólo la cantidad realmente percibida como principal globalmente por el contrato.

A esta conclusión no se puede oponer la manifestación de la demandada de que la actora vaya contra sus propios actos, pues el mero transcurso del tiempo sin reclamar no se puede considerar como una voluntad concluyente de no hacerlo, sobre todo cuando la posibilidad de la reclamación se produce a raíz de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo en la sentencia citada. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de marzo de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 42/2019 al señalar que: "Otro de los argumentos alegados es el relativo a un retraso desleal en el ejercicio de los derechos que se produce una década después de haberse modificado el contrato entre las partes.

En la STS de 2 de marzo de 2017 se recoge que: "La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre)".

En el presente caso, de los hechos acreditados en la instancia, se desprende que falta la concurrencia del presupuesto del ejercicio desleal de la acción de nulidad. Pues, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo no comporta, por sí solo, un acto propio del demandante que desconocía con carácter previo a la actual jurisprudencia dictada el derecho que le asistía.

No hay demora, y menos aún deslealtad, cuando se desconoce la abusividad de la cláusula y es la jurisprudencia la que pone de manifiesto esas circunstancias en sentencias recientes. Hasta entonces no existía ese conocimiento, por lo que no cabía representarse la eventualidad de reclamar la nulidad de estas cláusulas.

Y en este mismo sentido ya se ha pronunciado esta sección rechazado tal motivo en sentencia de 9 de marzo de 2018 , en donde tras citar la STS de 3 de diciembre de 2010 ,: "De la misma resulta que la mera pasividad o transcurso del tiempo sin ejercitar el derecho, cuando como aquí sucede no es aplicable a las acciones de nulidad ejercitadas plazo de prescripción, por cuanto se argumenta en la recurrida, por sí sola, no puede estimarse genere sin más en los deudores esa confianza legítima de que el derecho no va a ser exigido. El retraso desleal protege no la confianza ciega sino la legítima, derivada de algún hecho exteriorizado al margen de la mera pasividad que pudieran producir en el deudor esa creencia justificada o expectativa cierta de la renuncia del acreedor a su reclamación que aquí ni se invoca ni consta hubiera existido.

E igualmente se invoca la regla que prohíbe ir en contra de los actos propios y la cláusula general de la buena fe.

Este Tribunal considera que no puede decirse que sean actos propios en el sentido expresado por la jurisprudencia. El principio general de que nadie puede obrar en contradicción con sus propios actos, en cuanto exigencia del deber de obrar y ejercitar los derechos de buena fe y conforme a la confianza suscitada, exige para que su autor quede vinculado:

- a) Que dichos actos sean válidos y eficaces (SSTs 24 febrero 1986 y 31 octubre 1984).
- b) Que se trate de actos que obedezcan a una espontánea y libre determinación de la voluntad del autor (SSTs 8 de marzo 1997 y 27 enero 1986).
- c) Que dichos actos sean inequívocos, concluyentes e indubitados, no ambiguos ni inconcretos, y que causen estado,

esto es, que creen, definan, modifiquen, extingan o esclarezcan sin duda alguna una determinada situación afectante al autor (SSTS 10 noviembre 1992 , 31 enero 1995 , 7 de abril 1994 , 7 de mayo 1993), y, por último,

d) Que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS 30 octubre 1995).

Vemos, por tanto, que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que en este caso no concurre...”

Por ello procede declarar la nulidad del contrato de tarjeta de crédito de 8 de febrero de 2006, condenando a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. abonar a D. [REDACTED] la cantidad que resulte de restar a las sumas, empleadas, recibidas o dispuestas con esa tarjeta, la totalidad de las cantidades que se hubieran cobrado a D. [REDACTED] por todos los conceptos incluídas las comisiones, desde el inicio del contrato, condena permitida por el artículo 219.1 de la L.E. Civil al fijar las bases con arreglo a las que ha de hacerse la liquidación, consistiendo en una simple operación aritmética.

SEGUNDO.- Al margen de las reclamaciones referidas al contrato de tarjeta de crédito también se reclama, respecto al contrato de apertura de cuenta corriente de 2 de marzo de 2000, aportado como documento nº 1 de la demanda , la declaración de nulidad de las cláusulas de comisión por descubierto y por cuota impagada y de los gastos de correo cobrados en virtud de dicho contrato.

I.-Comisión por cuota impagada: En la Condición General 4.1 se remite a las Condiciones Particulares del contrato y en éstas se recoge una comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, descubiertos o excesos de 2.500 pesetas (equivalentes a 15,03 Euros) que se devengarán, liquidarán y adeudarán en cuenta por una sola vez en cada periodo de liquidación por cada rúbrica vencida y reclamada.

Esta comisión se modifica por medio del contrato de modificación a cuenta 1/2/3 de fecha 20 de noviembre de 2017 (documento nº 5 de la demanda) disponiendo: Comisión de gestión de reclamación de posiciones deudoras: por la gestión de la reclamación de cada descubierto realizada por el Banco a fin de que el cliente proceda a la regularización de la situación, el Banco percibirá una comisión de 39,00 euros, a satisfacer por el titular, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada una sola vez por cada descubierto.

Sobre este tipo de comisiones ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, así en la sentencia nº 566/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019, ha declarado la nulidad de la comisión de reclamación por posiciones deudoras señalando que: "1.- 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.

2.- 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.

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.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la 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 (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple

llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- 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

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

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

6.- La declaración de abusividad, al ser un efecto previsto en la Ley, no puede suponer infracción de los arts. 1101 y 1255 CC. Ni la interpretación que hace la Audiencia Provincial tampoco los infringe.

Respecto del art. 1255 CC, el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de

capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta.

En cuanto al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar".

Sobre esta misma cuestión la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de mayo de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 663/2019, respecto al Banco Santander, pronunciándose asimismo sobre la justificación o no de estas comisiones por haber tenido que contratar a una entidad de recobro, a lo que alude la demandada aportando como documento nº 2 de la contestación a la demanda el contrato de arrendamiento de servicios suscrito con la entidad Reintegra, S.A. el día 1 de enero de 2012, ha señalado que: "En el presente caso esa comisión de 30 o 15 euros no se vincula a la efectiva reclamación que haya hecho o deba hacer el banco, ni por lo tanto a gastos de gestión precalculados en que el banco pueda incurrir, puesto que su devengo se produce automáticamente ante cada cargo impagado y con independencia en la entidad del impago. La mejor prueba de ello es que cuando se concertó el contrato y se fijó la comisión no se había concertado por el Banco el contrato de arrendamiento de servicios con la mercantil Reintegra S.A, empresa está dedicada al recobro y recuperaciones, firmándose dicho contrato mucho después, concretamente el día 11-1-2012 y su Anexo XXXII el 1-1-2015. Se fijó por tanto ese importe prescindiendo del coste particular del servicio (no explicitado) que se presta, no bastando para acreditar cuál ha sido ese servicio, en qué gestiones ha consistido, con los meros apuntes o anotaciones realizados en relación a la cuenta de los actores bajo los epígrafes "abrir o cerrar episodio deuda Tallyman", "asignar tratamiento pasivo Tallyman" o "envío SMS Tallyman", como bien afirma el juzgador de instancia".

En el caso de autos, de la lectura de la propia cláusula se desprende que la misma es abusiva al prever el devengo de esa comisión por impagos, con la primera de las reclamaciones y que se devengaría a partir de ese momento, de forma automática, por cada cuota impagada, se corresponda o no con un servicio prestado por el banco. Es decir, esa comisión no trata de remunerar ningún servicio adicional del banco sino sancionar el retraso en el pago, finalidad más propia y que ya persiguen los intereses moratorios.

II.- Comisión por descubiertos: Las Condiciones Generales 4.1, 4.3 y 4.4. se remiten a las Condiciones Particulares del contrato y en éstas se recoge un tipo de interés nominal anual

vigente, a favor del Banco, aplicable a los descubiertos en cuenta: 10,1400000 %. TAE: 10,625 % , con devengo diario

Esta comisión se modifica por medio del contrato de modificación a cuenta 1/2/3 de fecha 20 de noviembre de 2017 (documento nº 5 de la demanda) disponiendo: "Sexta.- Descubiertos en cuenta. Los descubiertos que sean autorizados por el Banco serán exigibles y deberán ser reintegrados sin previo requerimiento. Los saldos deudores de la cuenta devengarán diariamente intereses en favor del Banco. El tipo de interés nominal anual aplicable a los saldos deudores será el publicado en cada momento por el Banco para los descubiertos en cuenta, mientras dure el descubierto. El interés se calculará mediante la multiplicación de la suma de los saldos dispuestos en descubierto cada día, por el tipo de interés nominal anual, y dividiendo el resultado por 36.000. A esta fecha, el tipo de interés nominal anual en descubierto a favor del Banco es el 7,25% (TAE 7,50%).

Si se tratara de descubiertos sujetos a la Ley de contratos de crédito al consumo, el tipo de interés aplicado no podrá dar lugar a una tasa anual equivalente superior al tipo máximo establecido en la misma, o disposiciones que la modifiquen, el cual se publicará en el tablón de anuncios del Banco. En estos casos, el tipo de referencia aplicable para la determinación del tipo de interés en descubierto es el interés legal del dinero vigente en el momento de producirse el descubierto.

Los descubiertos devengarán una comisión de descubierto del 4,50%, en contraprestación del servicio de concesión de crédito en que aquel consiste, que se cobrará sobre el mayor descubierto contable producido en el periodo de liquidación. Mínimo 18,00 EUR.

Sobre estas comisiones de descubierto del Banco Santander S.A. la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de mayo de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 663/2019, ha señalado que: "Compartimos al respecto el criterio expresado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 12, en su sentencia de 3 de mayo de 2011, oportunamente citada por el juzgador de instancia, en el sentido de que cuando las entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito, que en definitiva es lo que comporta el atender a un cargo en cuenta sin que existan fondos suficientes al efecto, les cobran como contraprestación a ello un alto tipo de interés, normalmente el superior al remuneratorio que ordinariamente aplican, por lo que con el mismo, además de remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al banco por la especial situación que se crea por el descubierto, que comporta hayan de realizarse mayores apuntes, se corra mayor riesgo, etc..., es decir existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto, de suerte que si aplican ambos conceptos, el interés y la comisión, se produciría una doble remuneración para un mismo servicio. Doble remuneración que en este caso

.- Se hiciera recaer en el cliente el importe íntegro del gasto, si el envío es aprovechado por la entidad para incluir información adicional a la pactada o información no requerida ni aceptada previamente por el cliente.

Tampoco se considera una buena práctica bancaria que las entidades repercutan los gastos de correo a sus clientes cuando estos han dado instrucciones inequívocas de que no se les remita ninguna comunicación por este medio.

En el caso de autos no se acredita que no se hubiera remitido mayor información que la relacionada con el contrato, no se acredita que se hubiera pactado ese cobro y que no se hubiera remitido además otra información distinta a la relacionada con el contrato. Por ello procede declarar la nulidad del cobro de esos gastos.

La nulidad de las comisiones y gastos señalados implica que deba procederse por la entidad demandada BANCO SANTANDER, S.A. a su devolución (respecto las sumas no devueltas) con el interés legal del dinero de cada una de las sumas desde que fueron cobradas y en cuanto a las sumas ya devueltas que haya de reintegrarse al actor el interés legal de las mismas desde el momento en que fueron cobradas.

TERCERO.- Por aplicación del artículo 394.1 de la L. E. Civil, pese ser la sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, no procede hacer expresa imposición de costas al considerar la existencia de dudas jurídicas por las diversas posturas mantenidas por las Audiencias Provinciales tanto respecto al tipo de interés con el que debe hacerse la comparación para valorar si el pactado era usurario (el importe más cuantioso de la reclamación) como respecto a si procede considerar la existencia de un retraso desleal y una actuación contraria a los actos propios por el tiempo transcurrido entre la firma del contrato y la reclamación.

Vistos artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda deducida por D. [REDACTED] contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A. debo declarar como declaro:

A.- La nulidad del contrato de tarjeta de crédito de 8 de febrero de 2006, condenando a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. abonar a D. [REDACTED] la cantidad que resulte de restar a las sumas, empleadas, recibidas o dispuestas con esa tarjeta, la totalidad de las cantidades que se hubieran cobrado a D. [REDACTED] por todos los

conceptos incluidas las comisiones, desde el inicio del contrato, cantidad a fijar en ejecución de sentencia.

B.-La nulidad de la Comisión por cuota impagada y de la Comisión por Descubiertos recogidas en el contrato de apertura de cuenta corriente de 2 de marzo de 2000, modificado por medio del contrato de modificación a cuenta 1/2/3 de fecha 20 de noviembre de 2017, así como del cobro de gastos de correo, condenando a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. abonar a D. [REDACTED] a su devolución (respecto las sumas no devueltas) con el interés legal del dinero de cada una de las sumas desde que fueron cobradas y en cuanto a las sumas ya devueltas a reintegrar al actor el interés legal de las mismas desde el momento en que fueron cobradas.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese esta Sentencia, con la advertencia que no es firme y que contra la misma cabe recurso de Apelación para ante la Il. Audiencia Provincial de Valladolid, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días, debiendo consignar en el momento de la interposición la suma de 50 Euros conforme señala la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ introducida por el artículo 1.19 la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

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

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 tutelar 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.