

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 37 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932812

Fax: 914932814

42011307

Procedimiento: Monitorio ___/2018

Materia: Contratos en general

Demandante: ESTRELLA RECEIVABLES LTD

PROCURADOR D./Dña. JUAN JOSE LOPEZ SOMOVILLA

Demandado: D./Dña.

AUTO NÚMERO 239/2019

LA MAGISTRADA QUE LO DICTA: Dña. ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA

Lugar: Madrid

Fecha: 06 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 9-7-2018 se interpuso solicitud inicial de juicio monitorio formulada por ESTRELLA RECEIVABLES LTD contra D^a _____, en reclamación de 3.871,72 euros por impago de crédito obtenido mediante tarjeta, celebrado aparentemente a distancia, que se dice son por *principal*.

Por la letrada de la administración de justicia se ha dado cuenta sobre la concurrencia de los requisitos de los arts. 812, 814 y 815 LEC y control de abusividad, dándose traslado a ambas partes sobre abusividad de determinadas cláusulas y requerimiento a la acreedora ampliación de información, presentando alegaciones ambas partes.

SEGUNDO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes, excepto el cumplimiento de los plazos por parte del juzgado, demorándose anormalmente el dictado de esta resolución a causa de la inabarcable acumulación de asuntos que penden ante esta magistrada por la falta de creación de plazas judiciales que se arrastra desde hace ya ocho años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La petición inicial de Proceso Monitorio debe cumplir, según lo dispuesto en los artículos 812 y 814 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los siguientes



requisitos: que la deuda sea dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada, y además que la misma venga acreditada documentalmente de alguna de las formas indicadas en el artículo 812 y exige el art. 814 LEC que la petición del acreedor exprese el origen y cuantía de la deuda.

Es también imprescindible que puedan ser depuradas de oficio las cláusulas que, por abusivas, sean nulas y carezcan de toda capacidad para vincular al consumidor, conforme ordenan los arts. 82 y 83 del RDL 1/2007 del texto refundido de la ley de protección a los consumidores y usuarios y demás leyes complementarias, o lo anteriormente recogido en los arts. 10 y 10 bis de la ley 26/84, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en su redacción por la ley 7/98, de 13 de abril, y este control queda impedido por la ausencia de documental.

Además, ello ha sido reiteradamente establecido en la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala 1ª, de las que cabe resaltar sus más recientes sentencias de 14-3-2013 (asunto C-415/11) en que analizando precisamente un procedimiento de ejecución hipotecaria español y en particular si es cláusula abusiva la que establece unos intereses de demora del 29%, o la sentencia de 21-2-2013 (asunto C-472/11) que insiste en la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas, con la única limitación de haberse dado previamente audiencia a las partes sobre ello o la sentencia de 14-6-2012 (rec. C-618/2010). Tal doctrina jurisprudencial ha sido por fin transpuesta al ordenamiento español mediante la última reforma de la ley de enjuiciamiento civil a través de la Ley 42/2015, que obliga al control de oficio por parte del juez de la existencia de cláusulas abusivas en todos los procedimientos monitorios en tramitación.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que la ausencia de tal control de oficio de cláusulas abusivas podrá suponer responsabilidad del Estado por un mal funcionamiento de la administración de justicia (sentencia de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), ECLI:EU:C:2016:602).

SEGUNDO.- Sustenta el solicitante su solicitud en el impago por la disposición de crédito mediante un contrato de una tarjeta de crédito.

Al contrato de autos, celebrado A DISTANCIA por solicitud de 1-10-2008, a través del que la acreditada habría obtenido diversas disposiciones de crédito, de lo que se evidencia que se trata de un contrato sometido a la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (modifica las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE) y era aplicable desde el 9-10-2004, y por el que se establece una normativa imperativa con unos requisitos muy exigentes sobre la información clara y comprensible al consumidor sobre el servicio financiero en sí, con sus intereses nominales y de demora, gastos y comisiones de cualquier tipo, riesgos y el proveedor; derecho de desistimiento, carga de la prueba, etc., debiendo asegurarse la prestamista de que el consumidor comprende el alcance de todas las condiciones esenciales del contrato y sus costes, es decir, siendo ya exigible en España la citada Directiva y la ley 22/2007 que la desarrolló, recogiendo la citada ley una normativa imperativa (art. 3), con unos requisitos muy exigentes sobre la información clara y comprensible al consumidor



sobre el servicio financiero en sí y sus principales características y el precio, que ha de identificarse con los intereses nominales, gastos y comisiones de cualquier tipo, riesgos, intereses de demora y el proveedor (art. 7,1, 2 y 4); derecho de desistimiento, correspondiendo al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones (art. 17), debiendo asegurarse la prestamista de que el consumidor comprende el alcance de todas las condiciones esenciales del contrato y sus costes, y le es ya aplicable la Ley 16/2011, 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, pues aunque la entrada en vigor de esta ley se produjo el 25-9-2011, las normas sobre tipo de interés, información de saldos y descubiertos pactados o tácitos, resolución y cesión de derechos, son aplicables también a los contratos indefinidos anteriores y parcialmente a los que supongan novación del contrato. Esta ley desarrolla la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE, y deroga la Ley 7/1995 de crédito al consumo, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva del Consejo 87/102/CEE, de 22 de diciembre, cuya finalidad principal consistió en garantizar un cierto nivel de protección del consumidor. El ámbito de aplicación de esta ley se extiende a todos los créditos que por cualquier medio sirvan de financiación a un consumidor, incluidos los vinculados a pagos a terceros proveedores de bienes o servicios.

Por el legislador se establecen muy rigurosos deberes de información previa, clara y exhaustiva a los consumidores sobre los tipos de interés, comisiones, consecuencias del incumplimiento, etc., en soporte duradero y legible. El cumplimiento de estos deberes de información permitirá valorar el respeto a la buena fe y a la práctica comercial leal que haya realizado el profesional, a los efectos de si se dan los presupuestos para su declaración de abusiva (arts. 8 a 12). También se exige una previa evaluación de la solvencia del cliente y de la incidencia de la posible evolución de los tipos a interés variable y una valoración prudente de los bienes dados en garantía real (art. 14). Se establecen las consecuencias de anulabilidad del contrato y de integración del contrato –si no se anulase- para el supuesto de incumplimiento por parte de los prestamistas de las obligaciones legales de información, con expresa mención a la integración conforme a lo previsto en el texto refundido de la ley para la defensa de los consumidores (arts. 7).

Se aporta ORIGINAL de la solicitud del contrato de tarjeta de crédito y los extractos –desordenados y mucho erpetidos- sobre los concretos y efectivos USOS de la tarjeta en efectivo o compras u órdenes de pago que hubieran dado lugar a la deuda, desde el inicio de la relación el 28-11-2008 hasta el 15-1-2012, que se repite o sin fecha alguna ni nuevos usos, que evidencia la carga de múltiples comisiones, cargo por seguro e intereses remuneratorios al 24%.

Tales cargos por comisiones, cargo por seguro e intereses remuneratorios no superan el cntrol de incorporación exigido en el art. 63 del RDL 1/2007, pues se aprecia que las condiciones generales no se hallan expresamente firmadas y son ilegibles por el tamaño de la letra e interlineado y su abigarramiento, que las hacen incomprensibles, por lo que su reclamación y los pagos ya reañizados durante la vida del contrato son indebidos.

Expresa el AAP, Civil sección 14 del 22 de marzo de 2019 (Sentencia: 65/2019 Recurso: 778/2018- Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL-ROJ: AAP M 1028/2019 - ECLI:ES:APM:2019:1028A):

"La legibilidad, como requisito esencial para poder comprender el contrato, exigida por el *Art.80 LGDCU* , antes y después de la *Ley 3/2014* y todo lo que le acompaña, no se basa solo en el tamaño de la letra, llega más lejos; alcanza a la calidad literaria del texto exigiendo que esté redactado con un estilo sencillo y fácilmente comprensible.

Con arreglo a lo expuesto hemos examinado los autos, y vemos que la copia de las condiciones generales del contrato unida a la demanda, f.15, es absolutamente ilegible; un folio con manchas grises. El Juez de Instancia requirió que se aportase otra legible, y lo que se remitió fue igualmente insatisfactorio. Absolutamente borrosa el espaciado entre caracteres es minúsculo , el tipo de letra inferior a un milímetro; en un milímetro y medio caben casi dos caracteres, el interlineado es insuficiente; es mínimo; absolutamente comprimido, y el color de la letra en tonos grises ennegrecido dificultan enormemente su lectura, tanto que ni con una lupa de gran aumento, podemos satisfacernos de elementos tan importantes como es el coste del crédito, lo que es de suma importancia, ya que en el anverso del contrato no figura ni el TIN ni el TAE.

El Juez de Instancia tomo su decisión a la vista de las explicaciones dadas _____ por el actor en el f. 62, y estamos conformes con su parecer.

Por los intereses remuneratorios, porque aunque como elemento esencial del contrato no es revisable en sede de abusividad, el hecho de que el anverso del contrato no contenga la mención del tipo de interés nominal ni el efectivo, ya lo hace poco transparente; absolutamente opaco".

TERCERO.- A mayor abundamiento, se evidencia que, pese a que el dorso de la solicitud se destaca a grandes letras la palabra GRATIS, el cargo en la cuenta de intereses remuneratorios del 24% y comisiones que incumplen el principio de transparencia.

Y la renuncia de la acreedora no puede ser tenida en cuenta porque se realiza sobre unas cantidades unilateralmente fijadas por ella sin explicación alguna, pero de la relación de cargos se evidencia que las efectivamente cargadas y ya cobradas desde el inicio de la relación contractual son muy superiores, y se ocultan los cargos por tales conceptos.

La sentencia del Tribunal Supremo, Civil sección 1, del 03/11/2014 (Roj: STS 4250/2014 N° de Recurso: 1590/2012N° de Resolución: 610/2014, Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN (que cita la de 26-5-2014 recurso 1125/2012)) expresa sobre el alcance del **control de transparencia** que: "5. En relación al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta (motivo segundo del recurso de casación) debe señalarse que esta Sala, SSTS de 18 de junio de 2012 núm. 406/2012), 11 de abril de 2013 (núm. 221/2013) y 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013) ha profundizado en el significado jurídico del control de transparencia como un plus u obligación que tiene el contratante predisponente en orden a que la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino que también resulte transparente tanto en la comprensión de la **carga económica** que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la **carga jurídica** del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado."



Insistiendo en la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia de la sentencia de 9-5-2013 (sobre cláusulas suelo), la reciente sentencia antes citada del Tribunal Supremo, Civil sección 1, del 24 de marzo de 2015 (Sentencia: 138/2015 | Recurso: 1765/2013 | Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA ROJ: **STS 1279/2015** - ECLI:ES:TS:2015:1279) insiste como fundamento jurídico del control de transparencia de las condiciones generales cuando estas regulan los elementos esenciales del contrato para que el adherente pueda conocer la carga económica y la carga jurídica del contrato, sin que puedan utilizarse cláusulas que “[...] impliquen subrepticamente una alteración del contrato o del equilibrio económico [...]”.

A mayor abundamiento de todo lo anterior, el art. 5,5 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en su versión aplicable a la fecha del contrato de autos), además de recoger los requisitos de incorporación al contrato de las citadas cláusulas, exige que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”, insistiendo el artículo 7 que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: 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”, y estableciéndose en el artículo 8,1 la sanción de nulidad al determinar que 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.

En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo, Civil sección 1, del 8-9-2014 (ROJ: STS 3903/2014, Recurso: 1217/2013, N° de Resolución: 464/2014 | Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO) que expresa:

“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 LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) 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, STS 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; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS 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.”.

Sobre los efectos de la declaración de abusividad, la misma sentencia antes citada dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala 1ª, de 14-6-2012 (rec. 618/2010), formalmente ha declarado que:

“2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.”.

Esta imposibilidad de moderación ni eficacia de ninguna clase de la cláusula abusiva se ha reiterado en la más reciente de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala 1ª, de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) que reitera que:

“32 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77).

33 Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84).”

En consecuencia, y siguiendo el mandato del Tribunal, una vez declarada la nulidad y no aplicabilidad de la cláusula por la que se fijaban intereses remuneratorios, todo interés ha de ser declarado nulo y sin eficacia alguna, al afectar la nulidad a una condición esencial del contrato y solo cabe el reintegro del principal.

Algunas resoluciones declarando la abusividad del interés remuneratorio son:

La cuestión ha de ser interpretada aplicando la doctrina del STS de 25/11/2015- Recurso N°: 2341/2013 N°: 628/2015- Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena) que determina: "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".

AAP Madrid, Civil sección 14 del 22 de marzo de 2019 (Sentencia: 65/2019 Recurso: 778/2018- Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL- ROJ: AAP M 1028/2019 - ECLI:ES:APM:2019:1028A) que indica que "el hecho de que el anverso del contrato no contenga la mención del tipo de interés nominal ni el efectivo, ya lo hace poco transparente; absolutamente opaco" y añade que: La legibilidad, como requisito esencial para poder comprender el contrato, exigida por el *Art.80 LGDCU* , antes y después de la Ley 3/2014 y todo lo que le acompaña, no se basa solo en el tamaño de la letra, llega más lejos; alcanza a la calidad literaria del texto exigiendo que esté redactado con un estilo sencillo y fácilmente comprensible [...] el espaciado entre caracteres es minúsculo , el tipo de letra inferior a un milímetro; en un milímetro y medio caben casi dos caracteres, el interlineado es insuficiente; es mínimo; absolutamente comprimido, y el color de la letra en tonos grises ennegrecido dificultan enormemente su lectura, [...] podemos satisfacernos de elementos tan importantes como es el coste del crédito".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 14ª, de 30/01/2014 (N° de Recurso: 452/2013-N° de Resolución: 28/2014- Ponente: JUAN LUCAS UCEDA OJEDA- Roj: SAP M 844/2014) expresa: "La cláusula examinada, sobre intereses, se reputa abusiva pues contempla un **interés del 20'84% anual para un contrato de préstamo celebrado en el año 2006, en el que el interés legal del dinero era del 4%, y el interés de demora de deudas tributarias en relación con el art. 26.6 de la Ley General Tributaria era del 5%**. Tomando la referencia indicada en el *art. 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo*, resulta que el tipo de interés excede muy notablemente de 2'5 veces el interés legal del dinero y que debe calificarse de desproporcionadamente alto"; en similar sentido la Sentencia Audiencia Provincial de Bilbao, 4ª, de 26/10/2010 (N° de Recurso: 307/2010 N° de Resolución: 819/2010 Ponente: MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA Roj: SAP BI 1874/2010).

El AAP Madrid, Civil sección, 18, de 26-1-2015 (n° 17/2015, rec. 672/2014, Dª Guadalupe de Jesús Sánchez) no concurre el consentimiento informado al recogerse en el anverso sólo las siglas TAE y en el reverso con letra de ínfimo tamaño de difícil lectura y sin



firma del consumidor, contraviniendo el art. 63 del RDL 1/2007; en similar sentido, AAP Madrid, Civil sección 18ª, de 08/11/2013 (Nº de Recurso: 559/2013 Nº de Resolución: 288/2013 Ponente: Jesús C. Rueda López).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 7ª, de 13/07/2012 (Nº de Recurso: 152/2012 Nº de Resolución: 404/2012 Ponente: MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA Roj: SAP V 3520/2012) que considera abusivo un interés que supera en más de cinco veces el legal del dinero y cita su otra resolución de recientemente en el rollo de apelación Rollo nº 776-11, sentencia núm.45-12 y SAP, Civil sección 7 del 25 de Noviembre del 2011(ROJ: SAP O 2209/2011) Recurso: 218/2011, Ponente: RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE)

La SAP de Madrid, Civil sección 12 del 08 de Abril del 2013 (Recurso: 67/2012 | Ponente: JOSE LUIS DIAZ ROLDAN ROJ: SAP M 5303/2013) que indica que “son nulas por abusivas por superar en exceso el índice de referencia señalado en los años de conciertos de los contratos y ser desproporcionados en relación con los tipos establecidos en las fechas de los contratos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado de los mismos productos.”

Resolución DGRN 22 julio 2015 confirma la denegación de un interés remuneratorio fijo del 14,99% al ser superior al de demora.

CUARTO.- Respecto a las comisiones de disposición de efectivo, impago y exceso, no se aporta documental alguna que sustente tal efectivo servicio como facturas ni apuntes de contabilidad ni se aporta tampoco un informe pericial elaborado por un experto independiente de la acreedora que, previo examen de la empresa y sus libros de contabilidad, afirme la realidad de tal gasto habido.

Supuestamente tales comisiones estarían recogidas en las condiciones generales de la solicitud, pero las mismas se hallan redactadas de manera oscura, en letra ínfima y de comprensión difícil.

En particular, en relación con las comisiones, la posibilidad de ser abusivas se prevé en el art. 85.3 TRLGDCU para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entre las cláusulas que son abusivas por vincular parte del contrato a la voluntad del empresario.

En aplicación de la normativa de protección del consumidor, la fundamentación para su nulidad puede sustentarse en:

- su no incorporación al contrato, no siendo válidas las simples remisiones a las tarifas publicadas en los tablones informativos del propio banco (arts. 7.b) LCGC y art. 80.1.a) TRLGDCU), como así ha sido recogido en la sentencia de 16-12-2009 (nº 792/2009, rec. 2114/2005. Pte: Corbal Fernández, EL DERECHO EDJ 2009/327236), por incumplirse los deberes de información y transparencia;
- ser servicios no aceptados ni solicitados por el cliente, por ser incrementos del precio que no responden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso (arts. 87.5 y 89.5 TRLGDCU);



- no ser su coste proporcional al servicio prestado (art. 82.4.d) TRLGDCU o STS 30-3-1994, AC2311).
- por falta de reciprocidad, la generalizada imputación de ciertos gastos al cliente bancario por suponer gastos inherentes a servicios que benefician igualmente al consumidor como al prestamista o incluso solo benefician a este, como por ejemplo son todos los gastos accesorios al préstamo hipotecario de tasación del bien, tramitación de la inscripción en el Registro o comisión de estudio, de forma que el cliente paga dos veces al banco por los servicios que recibe, al pagar tales gastos y remunerar también la operación a través del interés nominal (art. 87), extensamente tratados, entre otras muchas, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 26/07/2013 (Roj: SAP M 12691/2013 N° de Recurso: 161/2012 Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA), confirmada por STS 23-12-15, 705/15, Torres vela (ROJ: STS 5618/2015).

En el presente caso ni se indica cuál sería el servicio prestado, ni se justifica su verdadero coste ni, por tanto, es proporcional ni probado.

Pero además, por otra parte, cabe la declaración de su inexigibilidad, si no se cumplen los requisitos recogidos en la normativa aplicable, pues tanto la vigente Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que el 29-4-2012 entró en vigor para todos los contratos indefinidos celebrados con anterioridad a su vigencia, como la anterior regulación recogida en el capítulo Uno quinto de la Orden de 12-12-1989, exigen que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, y el art. 3 de aquella es riguroso en lo relacionado con las comisiones al establecer que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, añadiéndose que en la contratación bancaria a distancia o de un cajero automático tal información debe darse antes de que el servicio sea prestado.

Es decir, los requisitos necesarios para que sea ajustado a la ley el cobro de comisiones son:

- que hayan sido aceptadas expresamente por el cliente;
- que la información sobre su existencia y devengo sea explícita y clara, con indicación de su concepto, cuantía, fechas de devengo y cualquier otro dato relevante para su importe final,
- que haya sido conocida antes de prestarse el consentimiento y respondan a servicios solicitados en firme;
- que sean servicios efectivamente prestados o gastos habidos, y se acredite;
- que el cargo sea proporcional al servicio prestado.

En relación a la improcedencia de su reclamación por el mero hecho de producirse la devolución de un efecto cuyo pago se ha encargado a los servicios bancarios, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Civil sección 4, de 17 de Octubre del 2008 (ROJ: SAP MA 1595/2008, Recurso: 135/2008| Ponente: JOSE LUIS LOPEZ FUENTES) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 21, de 17 de Junio de 2010 (AC 2010, 1057), que a su vez citan la sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de Mayo de 2.001 y muchas otras.



Más recientemente, el AAP, Civil sección 14 del 22 de marzo de 2019 (Sentencia: 65/2019 Recurso: 778/2018- Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL- ROJ: AAP M 1028/2019 - ECLI:ES:APM:2019:1028A) que las rechaza porque no prueba del real servicio prestado y la SAP Madrid, sección 28, de 8 de junio de 2018 (Nº de Recurso: 508/2016 Nº de Resolución: 334/2018 Ponente: JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA- Roj: SAP M 11440/2018 - ECLI:ES:APM:2018:11440).

La SAP Madrid, 12ª, de 29 de febrero de 2016 (Nº de Resolución: 75/2016- Nº Recurso: 306/2015- Ponente: JOSE LUIS DIAZ ROLDAN- ROJ: SAP M 4269/2016- ECLI:ES:APM:2016:4269) expresa:

“Además de dar por reproducido los acertados argumentos de la sentencia apelada, esta misma Sala en su sentencia de fecha 27 de mayo de 2011 , declaraba:

"Como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de abril de 2009 , el Banco de España, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007, expone cuáles son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, estableciendo literalmente "la normativa que regula las comisiones aplicables por las Entidades de Crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la orden de diciembre de _____ 1.989 y norma 3ª de la circular del Banco de España N.º 8/1990 (en adelante CBE N.º _____ 8/1990)", si bien, impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno material y _____ es que respondan a servicios efectivamente prestados que hubieren sido aceptados o _____ solicitados en firme por el cliente, y otro de índole formal y es que se recojan en el contrato _____ y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el Banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público. Es decir, la memoria, a priori, y en relación al cobro de comisión por descubierto, contempla la posibilidad, en tales supuestos, de cobrarse por la Entidad crediticia comisión junto al interés de descubierto, siempre y cuando la comisión responda a un servicio efectivamente prestado ".

La cláusula tal y como aparece configurada impone de forma automática una comisión de 30 € por recibo impagado, sin que se prevea que deba justificar la existencia efectiva del gasto, produciendo con ello un importante desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, de conformidad con lo dispuesto en Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 10 bis 1, según la redacción dada tras la reforma operada por Ley 7/1998, de 13 de abril , por lo que es correcta su declaración de abusiva.”

Igualmente, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, de 19-11-15 (ponente: Pablo Quecedo Aracil, rec 496/15) declara el carácter abusivo de la comisión de devolución o por reclamación de deuda o “posiciones deudoras” por estar huérfanas de causa contractual, no existe una entrega de efecto mercantil que haya de ser devuelto sin que son recibos que se emiten por medios electrónicos sin un efectivo servicio adicional, y podrían encubrir intereses moratorios”.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 25, de 22-7-2014 (nº 304) determina su nulidad por ser un mero aumento de los interés moratorios y resultar desproporcionados y abusivo estableciendo un coste adicional del 10% por devolución de impago que se agrega a los intereses de demora.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 21, del 27 de Septiembre del 2011 (ROJ: SAP M 12424/2011, Recurso: 284/2009 | Ponente: GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL) expresa que:

“El concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta e la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, la comisión bancaria de devolución no responde a ningún nuevo servicio efectivamente prestado, por lo que su devengo carece de causa y justificación. El efecto se entrega al banco en gestión de cobro, y ello puede generar correctamente una comisión. El resultado de esa gestión puede generar o que el efecto se pague, en cuyo caso el banco tiene que efectuar un abono en la cuenta del cliente, o que se impague, en cuyo supuesto el banco tiene que devolver el efecto entregado en gestión de cobro al cliente, sin que ello suponga ningún nuevo servicio sino la culminación de la gestión de cobro encargada y por la que ya se percibe una comisión; o como expresa la sentencia de 18 de enero de 2000 de la Sección 12ª de esta Audiencia Provincial, al haber percibido el Banco una retribución por su gestión de cobro, en la misma deben considerarse englobados todos los actos precisos, incluso la restitución al cliente del cheque impagado, debiendo considerarse que dicha devolución del efecto y la notificación de su falta de pago es simplemente la dación de cuenta a que viene obligado todo mandatario o comisionista en base a lo establecido en el artículo 1720 del Código Civil en relación con los artículos 250, 260 y 263 del Código de Comercio , por lo que no puede ser calificada la actuación del banco como servicio nuevo ni diferente.”.../... Este mismo criterio se ha seguido por otros Tribunales, aunque conocemos que la doctrina de éstos dista de ser uniforme, pudiendo citarse al efecto las sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1999 , de la Sección 6ª de La Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de abril de 2000 , de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de marzo y 19 de septiembre de 2000 , de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 2 de noviembre de 2000 , de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de mayo de 2002, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de julio de 2007, de las Secciones 4ª Y 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fechas 17 de octubre de 2008 y 14 de abril de 2009 respectivamente , y de la Audiencia Provincial de Salamanca de 8 de febrero de 2010 . Por lo que atañe a esta Audiencia Provincial de Madrid, el anterior criterio se ha seguido por la mayoría de las Secciones; así la Sección 8ª en sentencias de 24 de enero y 11 de julio de 2011 , la Sección 10ª en sentencia de 11 de marzo de 2008 , la Sección 12ª en sentencias de 18 de enero de 2000 y 19 de abril de 2005 , la Sección 14ª en sentencia de 14 de enero de 2009 , la Sección 18ª en sentencia de 10 de mayo de 2000, y la Sección 19ª en sentencia de uno de abril de 2011 (en sentido contrario la Sección 25ª en sentencia de 21 de mayo de 2008)”.

En similar sentido, es relevante el criterio mantenido por la doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España sobre la comisión de devolución, que aún en el hipotético supuesto de que las comisiones de descubierto, de devolución o de impago supusieran la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado, ésta deberá consistir en una cantidad fija y establecida previamente con carácter de máximo, no siendo aceptable para el Banco de España que se cobre como un porcentaje sobre el nominal del efecto devuelto, y rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por

ausencia de causa que las justifique y por contravenir el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU EDL 1984/8937 , al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos (en palabras de la Circular del Banco de España 81/1990, de 7 de septiembre)".

De lo anterior, procede declarar nulo de pleno derecho el cobro efectuado por la prestamista en concepto de comisiones.

QUINTO.- De la documental de extractos se aprecia que también se ha cargado como débito a cargo del consumidor varias sumas cuya base sería la adhesión al seguro en la solicitud de línea de crédito, pero tal opción no está contratada, por lo que nunca existió consentimiento.

Además, el su coste mensual del 0,726% del saldo resulta incomprensible para el consumidor, añadido al ya elevadísimo coste del crédito, ni se indica con claridad el beneficiario, por lo que no puede descartarse que sea el propio prestamista.

Si bien inicialmente la contratación de un seguro vinculado al crédito ha de calificarse como cláusula válida, ello exige como presupuesto que la suscripción o no del seguro quede a la decisión del consumidor y en cada caso habrá de analizarse la contraprestación obtenida por el consumidor a cambio de tales seguros, el correcto cumplimiento de la normativa de seguros y que no se altere la naturaleza esencial del seguro contratado, contenida en la Ley de contrato de seguros de 1980.

Por ello, sí será abusiva tal contratación si se impone al consumidor el contrato de seguro, no se le informa debidamente del mismo, no se le da contraprestación equivalente o si su redacción excluye derechos legalmente reconocidos al consumidor, como los de libertad contractual para contratar, de la elección de la aseguradora, la imposición de que la prima incremente el capital prestado o de que los gastos y las cuotas de seguro, integradas en una única prima, se capitalicen para formar parte del crédito pendiente de devolución, la designación como beneficiario a la entidad financiera o la decisión sobre el destino de la indemnización en caso de siniestro, que suponen un incremento injustificado del precio, o la imposición de una garantía no proporcionada cláusula abusiva, por ser cláusulas contraria a los arts. 82 y 86,6º y 7º del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y a los arts. 3 y 8 LCS, pues constituyen un incremento del precio del préstamo y no han sido susceptibles de ser aceptados o rechazados por el consumidor.

En un sentido análogo, de vinculación de un contrato de seguro a un servicio de transporte aéreo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2012 en el asunto C-112/11 expresa:

“16 Además, dicha exigencia corresponde a la prevista, de manera general, por lo que se refiere a los derechos de los consumidores, en materia de pagos adicionales, en el artículo 22 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva



93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, p. 64). En efecto, con arreglo a esta disposición, antes de que el consumidor quede vinculado por una oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal, ya que ese consentimiento no puede deducirse por éste utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar ese pago adicional.

17 A este respecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, sería contrario a la finalidad de protección del cliente que recurre a esos servicios aéreos, perseguida en el artículo 23, apartado 1, última frase, del Reglamento nº 1008/2008, que se hiciese depender esa protección de si el servicio adicional opcional en relación con el propio vuelo y el suplemento de precio relativo a ese servicio, ofrecidos durante el proceso de reserva de dicho vuelo, proviene de una compañía aérea o de una parte distinta de esa compañía, jurídica y económicamente independiente de ésta. En efecto, si puede hacerse depender esa protección del carácter del prestador de ese servicio complementario de modo que sólo es conferida cuando este último ha sido prestado por una compañía aérea, se podría soslayar fácilmente esa protección y, por lo tanto, ese compromiso se vería ciertamente comprometido. En cualquier caso, ese proceder sería incompatible con el artículo 22 de la Directiva 2011/83.”

Y siempre partiendo de la premisa de que es el empresario profesional quien debe acreditar que la cláusula concreta obedeció a una negociación individual (art. 82,2 RDL 1/2007).

En el mismo sentido señalado cabe citar a Vicente Magro Servet en su artículo “¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable al contrato?”, publicado por El Derecho, quien también entiende que si existe posibilidad de elección de aseguradora por el prestatario no es una cláusula abusiva, pero sí que la entidad bancaria o caja de ahorros exija al prestatario que la póliza se pueda firmar de modo exclusivo con ellos, tanto en el caso de las pólizas de seguro vivienda como en las de vida.

En el presente caso, ninguna información se recoge en las condiciones particulares DEL CONTRATO FIRMADO sobre las condiciones previas de adhesión, el beneficiario ni sobre el verdadero riesgo asegurado una vez aplicadas las exclusiones y cláusulas limitativas, pues tal riesgo asegurado resulta en la práctica inexistente, por lo que el contrato carece de reciprocidad ni de aleatoriedad, o el importe y forma de pago de las primas, que queda contemplado solamente en unas condiciones generales que recogen precisamente como beneficiario a la prestamista y además la prima se capitaliza y se incluye en el crédito, aplicándosele los elevadísimos intereses remuneratorios antes señalados, sin que exista tampoco una verdadera contraprestación pues las exclusiones al riesgo asegurado son de tal alcance que prácticamente no existe riesgo ni aleatoriedad, por lo que solo cabe declarar nulo el mismo, por abusivo, y rechazar la reclamación del pago de las cuotas.

Así, ¿cómo es posible que se pretenda aplicar unas condiciones previas de adhesión que ni tan siquiera constan informadas debidamente a la contratante adherente?



SEXTO.- De lo anterior, y a la vista de los extractos y de la liquidación aportada por la consumidora como doc. 1, y una vez restadas a las disposiciones y compras las sumas ya pagadas y las sumas indebidamente cobradas por conceptos nulos por intereses remuneratorios, comisiones y seguro, no procede realizar propuesta de requerimiento de pago, pues el acreditado ya ha abonado más de lo exigible y lícitamente debido.

En similar sentido se ha pronunciado en un supuesto muy similar el AAP Madrid, 14, de 19-12-2016, rec. 807/16 pte. Sagrario Arroyo García, que confirma la inadmisión del monitorio por falta de liquidez confirmando la abusividad de TIN y Comisiones y porque la acreedora no liquidó los importes ya cobrados por estos conceptos.

Y lo anterior implica que esta juzgadora no puede asumir la responsabilidad profesional de aseverarse que no se estima la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la petición o que hubiesen determinado la cantidad de exigible, como exige el artículo 815,4 LEC, requisito este imprescindible para requerir de pago a un consumidor y que esta juzgadora no puede realizar por falta de información y acreditación sobre el origen de la cantidad reclamada.

En consecuencia, ha de concluirse que la deuda **no es exigible**, por lo que la petición no cumple los requisitos exigidos por los arts. 812 y 815 LEC, por lo que en definitiva procede NO HABER LUGAR a la admisión de la petición formulada, procediendo a su archivo una vez firme la presente resolución, sin hacer expresa imposición de las costas causadas, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitar las partes en un procedimiento declarativo en reclamación del principal legítimo o de cobros indebidos, en su caso.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA:

SE INADMITE A TRÁMITE la petición inicial de procedimiento monitorio solicitado por ESTRELLA RECEIVABLES LTD, contra D^a _____, no procediendo requerir de pago al llamado como deudor, y, en consecuencia, una vez firme la presente resolución procedase a archivo del presente procedimiento sin más trámite y sin expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a AMBAS PARTES en legal forma, advirtiéndoles de que contra la misma podrán INTERPONER ante este juzgado RECURSO DE APELACIÓN dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación. No se admitirá el recurso en el caso de que no se acreditara previamente por la parte que pretendiera interponerlo haber constituido el DEPÓSITO a que alude la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida mediante LO 1/2009, de 3 de noviembre.



Lo acuerda y firma Ilma. Sra. D^a Ana María Álvarez de Yraola, magistrada del juzgado de primera instancia nº 37 de Madrid. Doy fe.

Firma de la magistrada

Firma de la letrada de la administración de justicia

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 Auto inadmisión firmado electrónicamente por ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA, PURIFICACION FERNANDEZ SUAREZ