

dispuesto a tenor de la certificación adjuntada con la demanda, restituyendo la posesión de la tarjeta entregada por la entidad concedente.

CUARTO.- Se postula también la nulidad de determinadas cláusulas contractuales, concretamente de las de comisión de reclamación por cuota impagada, por exceso sobre el límite y cuota anual.

Determinado que nos encontramos ante un contrato celebrado con un consumidor o usuario, cuya cuestión no se ha discutido en el procedimiento, para concluir que las cláusulas cuestionadas son abusivas, es preciso que no hayan sido objeto de una negociación individual (artículo 82 del TRLGDCU), a cuyo tenor " Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato ". No existe actividad probatoria alguna por parte de la demandada que permita acreditar la existencia de una negociación individual sino que, al contrario, se reconoció que la parte demandada no había participado en la elaboración del contrato, que aceptó telefónicamente y firmó posteriormente al recibirlo por correo, no constando que hubiera sido informado debidamente sobre su auténtica importancia económica y aplicación de su clausurado, que quedó redactado en el reverso del contrato de modo prácticamente ilegible. Por tanto, debe concluirse que las cláusulas cuestionadas son susceptibles de quedar bajo el control de su contenido desde la perspectiva de la abusividad, conforme los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU.

Dicho lo anterior, lo cierto es que las sumas impuestas al consumidor en concepto de comisiones han de considerarse nulas de pleno derecho, pues no se alegan ni acreditan los concretos servicios prestados por la prestamista que han generado tales comisiones, por lo que son nulas e ineficaces conforme al capítulo Uno quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989 que exige que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. Tal disposición ha sido derogada cuando el 29 de abril de 2012 entró en vigor la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, pero se mantiene el mismo principio normativo, pues el artículo 3 es todavía más 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.

En cuanto a la cláusula que permite al prestamista modificar unilateralmente las condiciones del contrato debe considerarse nula por abusiva, es de recordar que el artículo 85,3 de la LGDCU dispone "Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que

el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes".

Pues bien, en el supuesto de autos, la cláusula 14 del contrato facultaba a la prestamista a modificar las condiciones del contrato, tras comunicarlo al cliente de forma previa e individual, si bien admitiéndose que dichas modificaciones pudieran realizarse mediante publicaciones en el tablón de anuncios de todas las oficinas abiertas al público con dos meses de antelación.

Consta que alguna de las cláusulas, concretamente la relativa a intereses remuneratorios, fue modificada durante la vigencia de contrato, pasando el interés pactado del 24'71% al 26'82%. No consta notificación alguna al cliente y, en especial, no constan las causas que fundamentaron dicha modificación, si llegaron a ser o no conocidas por el cliente, y si el mismo aceptó dicha modificación. En definitiva, las modificaciones realizadas por la prestamista, no consta que fueran notificadas al consumidor en forma alguna, ni consta tampoco la existencia de documento donde se establecieran las mismas, ni siquiera se ha aportado por la parte actora la grabación de la conversación telefónica en que se hiciera tal modificación o el soporte o registro magnético correspondiente, conforme a lo establecido en las condiciones generales del contrato, ni tampoco ha acreditado la actora que diera a dichas modificaciones la publicidad que se indica en la citada cláusula.

Por tanto y, en especial, no puede considerarse que los intereses remuneratorios modificados que se tomaron como base para la liquidación de la deuda fueran correctos, siendo abusiva la cláusula cuestionada por falta de transparencia conforme al artículo 7 de la LCGC, que determina que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

QUINTO.- Y, específicamente, en cuanto a las sumas aplicadas en concepto de seguro, la definición legal de contrato de seguro viene recogida en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (LCS), que indica que: el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenida. En cuanto a la forma del contrato de seguro, el artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro establece que el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito, debiendo entregarse al asegurado la póliza de seguro. Dicha normativa, ha de ser puesta en relación con la protectora de consumidores y usuarios y, concretamente, con el artículo 63.1 del TRLGDCU que indica que 'en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación'.

En el caso de autos, en el que el demandado ha negado la contratación de seguro de clase alguna, la actora se ha limitado a aportar unas condiciones que no constan firmadas por el cliente, no constando la existencia de conversación telefónica de clase alguna en la que se supuestamente se aceptara la contratación genérica del seguro ofrecido. Por todo ello, no constan cumplimentados los presupuestos necesarios para que el seguro pueda ser considerado válido, siendo de recordar que las normas reguladoras del mismo contenidas en la LCS tienen carácter imperativo.

Por lo que las cantidades abonadas por tal concepto también han de ser consideradas nulas.

SEXTO.- La cuestión ahora se centra en determinar cuál fue la cantidad realmente dispuesta por el demandado excluyendo todos los anteriores conceptos y determinar si alguno de ellos llegó a ser abonado indebidamente durante la vida del contrato.

Conjuntamente con la demanda han sido aportados una serie de extractos mensuales, correspondientes al periodo desde mayo de 2008. No obstante, el contrato fue firmado en marzo de 2017, por lo que falta la justificación de los movimientos desde marzo de 2017 hasta mayo de 2018. A efectos de determinar si la liquidación incorporada a certificación en que se basa la reclamación es o no correcta, es preciso disponer de los correspondientes extractos para determinar concretamente el importe aplicado en concepto de principal de las operaciones realizadas, intereses remuneratorios (declarados nulos) y comisiones y la posible existencia de cargos por conceptos nulos.

El BANCO DE ESPAÑA en su Memoria de Reclamaciones del año 2009, con relación a la acreditación documental de órdenes y operaciones ha considerado esencial, y así lo ha entendido la normativa de transparencia y se exige como buena práctica bancaria, que se recojan por escrito las instrucciones y los contratos que formalizan las entidades con sus clientes, de modo que siempre puedan acreditar fehacientemente el consentimiento dado y los exactos términos de sus instrucciones. En relación con el período mínimo de tiempo durante el cual han de conservarse estos documentos, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, ha considerado que las entidades habrán de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción (15 años para las acciones personales, en virtud del artículo 1964 del Código Civil según redacción vigente a fecha del contrato), puedan resultarles conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas (sentencias n.º 1046/2001 de 14 noviembre, y n.º 277/2006, de 24 de marzo), debiendo las entidades proporcionar a sus clientes, salvo que exista razón suficiente en contrario, los extractos o duplicados de los mismos que le sean solicitados por estos, pudiendo percibir, en su caso, por tal servicio, la comisión que tuvieran tarifada al efecto.

No se ha aportado a las actuaciones información completa de la que deducirse la cantidad efectivamente cobrada por la entidad bancaria, y la que en realidad se adeudaría una vez eliminadas las cláusulas declaradas nulas según lo expuesto en fundamentos precedentes, por lo que no pueden considerarse adecuadamente liquidados los conceptos reclamados, debiendo ser desestimada la demanda planteada.

SÉPTIMO.- Siendo la presente sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del

principio de vencimiento que en la misma se recoge, ha de condenarse a la parte demandante al abono de las costas devengadas en la substanciación del presente procedimiento.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de aplicación,

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. _____ en representación de ESTRELLA RECEIVABLES LTD frente a D. _____, CONDENANDO a la demandante al abono de las costas procesales devengadas en la tramitación del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles que contra la misma no se admitirá recurso alguno al tratarse de un procedimiento seguido en reclamación de cantidad, y no superar su cuantía los 3.000 euros, de conformidad con el apartado 1 del art. 455 de la LECv., según redacción dada mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Así, por esta, mí sentencia, de la que se expedirá certificación literal para su unión a los autos, incorporándose el original de la misma al Libro de Sentencias que en este Juzgado se custodia, lo pronuncia, manda y firma,

E/.

ANTE MÍ

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, cuando se encontraba celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.