

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
HELLIN**

SENTENCIA: 00079/2023

CALLE ALCALDE VICTOR SERENA GUIRADO N° 6

Teléfono: 967301126, Fax: 967305849

Equipo/usuario: RPG

Modelo: N04390

N.I.G.: 02037 41 1 2022 0000961

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000340 /2022

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

DEMANDANTE ASOCIACION DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA (ACTUA),
en defensa e interés de su asociado

Procurador MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado MANUEL MARTINEZ JUAREZ

DEMANDADO CAIXABANK PAYMENTS CONSUMER EFC EP SA

Procurador

Abogado

SENTENCIA

En Hellín, a 26 de mayo de 2023.

D^a. María de la Paz Montiel López, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número 340/2022, promovidos por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), en nombre y representación de _____, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Jesús Mendiola Olarte y asistida por el letrado D. Manuel Martínez Juárez, contra la entidad CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER, EFC, EP, S. A. U., representada por el Procurador de los Tribunales _____ y asistida por la letrada _____, sobre NULIDAD DEL CONTRATO REVOLVING.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado la plena estimación de la demanda declarando la nulidad del contrato de Tarjeta Revolving Maxitarjeta 4021 4504 9583 4577, y subsidiariamente se declare la abusividad y nulidad de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y comisión de reclamación de cuotas impagadas, y se condene a la demandada al reintegro de las cantidades que haya abonado de más; todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada para que contestase a la misma en el plazo de veinte días. Dentro del plazo concedido al efecto la parte presentó escrito oponiéndose a la demanda, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los

hechos y los fundamentos de derecho que estimaron de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado: la desestimación íntegra de la demanda, con expresa absolución y la imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa al juicio que señala la Ley, y llegado que fue el día señalado, compareció la parte demandante. Exhortadas las partes para que llegaran a un acuerdo, no se logró, afirmándose y ratificándose en su escrito de demanda la actora, y realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

Siendo toda la prueba propuesta y admitida prueba documental, quedaron los autos vistos para sentencia de conformidad con el artículo 429.8 LEC.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como acción principal, la parte actora ejercita la acción de resolución del contrato de Tarjeta Revolving Maxitarjeta 4021 4504 9583 4577. Alega esta parte que, de acuerdo con los extractos bancarios, en el año 2014 se estaba aplicando una TAE del 35,80%, lo que supera el interés normal del dinero; y de forma subsidiaria solicita la declaración de abusividad de las cláusulas relativas al interés remuneratorio y a la comisión de reclamación de cuotas impagadas.

Por su parte, la demandada, si bien no niega la relación contractual y la consideración de consumidor del _____, se opone a las pretensiones de la parte demandante alegando que ésta no ha presentado el contrato suscrito, por lo que no se pueden examinar ni el interés pactado, ni las condiciones del contrato.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe analizarse las consecuencias de la falta de aportación del contrato suscrito entre las partes, teniendo en cuenta que no es un hecho controvertido ni la relación contractual, ni la condición de consumidor de

Sobre esta cuestión resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Scc. 5ª), de fecha 21 de junio de 2021, en la que dispone lo siguiente:

“Pues bien, es lo cierto que no se ha aportado a autos el contrato concertado por los litigantes y requeridos por la Sala para ello, ambos manifestaron no tenerlo; consta en autos la reclamación realizada por el actor a la demandada en la que, entre otros extremos, se pide una copia del contrato, lo que no le fue facilitado por la entidad bancaria; y en cuanto a ésta, manifestó en el plazo concedido por la Sala que no había sido posible su localización. A la vista de ello debe determinarse a quién debe o sobre quién debe recaer la referida ausencia probatoria, pues la misma es determinante para efectuar el control de incorporación y el de transparencia, así como el de abusividad de las cláusulas contractuales.

Sentado lo anterior, debe señalarse que como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.008: "La sentencia recurrida, como ya se ha dicho

[Fundamento Jurídico Preliminar, 4, b), b'), apartados a'), b') y c')] consideró que no había prueba del modo en que, en concreto, se canceló la imposición a plazo fijo, prueba que le correspondía aportar a la entidad demandada, pero ésta, al haber transcurrido más de seis años desde la fecha en que se habría producido la cancelación (30 de noviembre de 1.989) hasta la en que se solicitó la información (Requerimiento de 30 de enero de 1.997) no estaría obligada a conservar documentación o justificantes. Por esta razón, las consecuencias de la falta de prueba -estima la Sala de instancia- han de recaer sobre la parte actora y no sobre la demandada.

Esta Sala no comparte el criterio de la de instancia. Ante todo, es claro que se ha apreciado infracción del artículo 1214 del Código civil cuando se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que correspondía probar a la otra parte (SSTS 27 de diciembre de 2004 [RJ 2005, 1240], 16 de diciembre de 2.005 [RJ 2006, 153], 2 de marzo de 2.006 [RJ 2006, 726], 29 de octubre de 2.007 [RJ 2007, 8642], y las que allí se citan, etc.). Por otra parte, el artículo 30.1 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) dispone que los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales. La Sentencia de 24 de marzo de 2.006 (RJ 2006, 1908), con apoyo en las 14 de noviembre de 2.001 (RJ 2001, 9453) y 14 de diciembre de 1.998 (RJ 1998, 9635), decía que el precepto antes señalado no puede producir una dispensa general de prueba que beneficie a la entidad financiera, pues esta norma, en palabras de la STS de 14 de noviembre de 2.001, "...se limita a establecer un período mínimo de tiempo durante el cual, en atención a los intereses de carácter general (de los acreedores, de los trabajadores al servicio del empresario, de carácter fiscal...) ha de conservar el comerciante los documentos que se hayan ido generando durante el desarrollo de su actividad. Pero en modo alguno le releva de la carga de conservar, en su propio interés, toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período en que -a tenor de las normas sobre prescripción- pueda resultar conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas..." Por ello, la STS de 24 de marzo de 2.006 (RJ 2006, 1908) llega a la conclusión de que el artículo 30.1 C. Com (LEG 1885, 21) no exonera de la carga de la prueba, además de que se ha de aplicar, según su tenor literal, computando el plazo de seis años desde el último asiento.

En el caso, la apreciación de la Sala lleva a considerar dada la existencia de extractos que obran en autos que el plazo de prescripción no se había producido, de modo que mientras subsista el contrato y la relación negocial de las partes el banco tiene la obligación de conservar el contrato, lo que no ha cumplido, por lo que ha de entenderse que al mismo correspondía la carga de la prueba y su ausencia opera en detrimento del mismo."

En este sentido el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de abril de 2.019 declaró: "Por otra parte, las continuas alegaciones efectuadas por la entidad demandada a lo largo del proceso acerca de que, dado el tiempo transcurrido, no conservaba documentación referida a la operación contractual

litigiosa tampoco pueden ser valoradas como indiciarias de una actuación del Banco coherente con la confianza suscitada de que el cliente no iba a reclamar. De acuerdo con la doctrina de esta sala, es carga de la entidad 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, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de sus derechos o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones (sentencias 1046/2001, de 14 de noviembre (RJ 2001, 9453), y 277/2006, de 24 de marzo (RJ 2006, 1908)). De esta carga se han venido haciendo eco durante años las propias Memorias de Reclamaciones del Banco de España, reiterando el criterio sentado con anterioridad en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España."

Consecuencia de lo anterior es que debe cargar con la consecuencia de la ausencia de prueba sobre el contenido del contrato la parte demandada, señalando en cuanto al control de transparencia a que se refiere la parte actora, que al mismo alude la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 señalando: "En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) y a lo declarado por esta Sala en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (LEG 1889, 27) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley Española de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960)). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960). Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia nº 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845).

4.- En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 165), asunto C-26/13 , confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (apartado 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (apartado 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo,

de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2.015 (JUR 2015, 111100), asunto C-96/14, caso Van Hove , tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».

Pues bien, en el presente caso, la Sala estima a la vista de la ausencia documental del contrato que lo que concurre es una imposibilidad de realizar el control de incorporación, lo que se hace extensible a todas las cláusulas del contrato, no sólo a las expresamente denunciadas, sin que quepa soslayar tal ausencia con el hecho de que existan extractos donde se aplica una TAE concreta, pues se desconoce en qué términos se fijó el interés remuneratorio, es decir, su transparencia documental o gramatical o si el mismo es legible. Y la consecuencia de ello es que al no quedar incorporadas las cláusulas al contrato haya de estimarse nulo el mismo con los efectos del artículo 1.303 del Código Civil, en el sentido de que se imputarán todos los pagos realizados al crédito financiado; por otra parte todas las disposiciones hechas a través de la tarjeta y el saldo resultante devengará el interés legal.

Y en este sentido, respecto al control de incorporación, señala la sentencia la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 30 de abril de 2.014: "En cuanto al control de inclusión, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", el artículo 5 dispone que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible", y el artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". En nuestra normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, y 7 LCGC-"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de

manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]."

Con la conclusión de la nulidad del contrato se estima que no se incurre en incongruencia, toda vez que la pretensión principal de la demanda era la nulidad del contrato y la demandada no puede tener un interés legítimo en mantener un contrato desprovisto de cualquier estipulación negocial.

Lo precedentemente expuesto determina o se traduce en una estimación de la demanda, por lo que procede imponer las costas de la primera instancia a la entidad bancaria, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acogiendo en este punto el recurso de apelación del Sr. Jacobo".

Centrándonos en el supuesto analizado, tal y como consta en los documentos 6 y 7 de la demanda, la parte actora requirió a la entidad demandada la entrega de una copia del contrato de tarjeta suscrito, respondiendo dicha entidad que no podían localizar el contrato. Posteriormente, en la Audiencia Previa se volvió a requerir a la demandada, a instancia de la parte demandante, la aportación del contrato y el cuadro de movimientos; transcurrido el plazo se presentó únicamente el cuadro de movimientos, alegando la entidad bancaria que el contrato no había sido localizado. Por lo tanto, la falta de aportación del documento requerido resulta imputable a la parte demandada, sobre quien pesaba el deber legal de conservación y de presentación, tal y como se ha declarado por la doctrina jurisprudencial expuesta, y sobre la que debe recaer las consecuencias la ausencia de prueba.

TERCERO.- Dicho lo anterior, deben analizarse las pretensiones de la parte actora. En primer lugar solicita la parte que se declare nulo el interés fijado en el contrato de préstamo por usurario, toda vez que se ha estado aplicando una TAE del 35,80 %. Por su parte, la entidad bancaria se opone alegando que no se ha presentado el contrato y por lo tanto no puede valorarse la usura, ya que se desconoce tanto la fecha en la que se firmó el contrato como el interés fijado en el mismo.

En relación con el carácter usurario de la T.A.E. en los contratos de tarjetas *revolving* se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia número 149/2020 de fecha 4 de marzo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:600], en la que dispone lo siguiente:

"TERCERO.- Decisión del tribunal (I): doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del pleno del tribunal 628/2015, de 25 de noviembre

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

i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal

del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero.

v) La decisión de la Audiencia Provincial de considerar como «no excesivo» un interés que superaba ampliamente el índice fijado en la instancia como significativo del «interés normal del dinero» (el tipo medio de los créditos al consumo) no fue correcta, puesto que la cuestión no era tanto si ese interés es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y una diferencia tan importante respecto del tipo medio tomado como referencia permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

2.- De lo expuesto se desprende que no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España. En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse

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

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

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

1.- Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

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

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

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según

se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

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

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

1.- Aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta revolving por su carácter usurario.

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

«Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso [...]».

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

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta revolving concedido a la demandante, que era del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de «interés normal del dinero» y el tipo de interés remuneratorio del crédito revolving objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también

en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

6.- El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como «interés normal del dinero» de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

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

Posteriormente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Scc. 1ª) ha declarado que para que un interés pueda considerarse usurario, por ser notablemente superior al tipo medio, debe superar, al menos, en seis puntos a éste. Así lo ha dispuesto en las Sentencias número 258/2023 de 15 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:442] y número 317/2023 de 28 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:786]

En el caso examinado aunque no se ha aportado el contrato celebrado entre las partes, por lo que, en principio, se ignora tanto la fecha concreta de la firma como el tipo de interés pactado, sí que se presentó por la entidad bancaria, a requerimiento judicial (previa solicitud de la parte actora), el cuadro de movimientos del contrato. Según el mismo el año de celebración fue el 2012 y el tipo de interés aplicado es del 22,42%. Pues bien, teniendo en cuenta que el tipo medio establecido por el Banco de España para los contratos de tarjeta revolving para ese año era de 20,90 %, debe desestimarse la pretensión principal, pues la diferencia es de 1,52 puntos.

Desestimada la pretensión principal

CUARTO.- Habiéndose desestimado la pretensión principal, debe examinarse la subsidiaria, en la que la parte actora solicita la nulidad de las cláusulas de interés remuneratorio y de la comisión de posiciones deudoras al no cumplir los requisitos de incorporación y transparencia exigidos jurisprudencialmente. En este sentido debe recordarse que tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han declarado en reiteradas ocasiones que la condiciones generales de la contratación deben someterse a un doble control: de inclusión, debiendo examinarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y otro de transparencia, exigiéndose que el deudor (adherente) conozca, o pueda conocer, con sencillez tanto la “carga económica” que supone para él el contrato celebrado, como la “carga jurídica” del mismo, es decir, su posición jurídica tanto en los presupuestos que configuran el contrato como la distribución de los riesgos del desarrollo del mismo.

Como ya hemos dicho en el presente supuesto ninguna de las partes ha aportado el contrato celebrado entre las partes. Y a diferencia del punto anterior, en el la valoración de usura se ha podido hacer a través del cuadro de movimientos, al reflejarse en el mismo, la fecha de expedición de los extractos bancarios, las comisiones aplicadas y el tipo de interés de la operación, en este caso no puede soslayarse la ausencia del contrato con este cuadro, pues se desconoce en qué términos se fijó el interés remuneratorio, y por tanto su transparencia documental y gramatical. Es decir, que dicha ausencia determina que no es posible concluir que las cláusulas cuestionadas superen válidamente los controles de incorporación y transparencia, toda vez que no se puede verificar que su redacción sea clara, legible y comprensible. En consecuencia, procede declarar la nulidad por abusivas de las cláusulas impugnadas; recuérdese que la falta de aportación debe perjudicar a la entidad demandada, que es sobre quien recae la obligación de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el fundamento primero de la esta resolución.

QUINTO.- Declarada la nulidad de la cláusula, procede igualmente de conformidad con lo interesado por la parte actora declarar la nulidad de un contrato que no puede subsistir sin un elemento esencial -el interés remuneratorio- en tanto constituye el precio del servicio, y que a su vez constituía la causa de contratación para uno de los contratantes como retribución por la prestación asumida. A tales efectos traemos a colación la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 de 1 de abril de 2.022:

“Con carácter subsidiario, la demandada considera que la nulidad de la condición general de la contratación por la que se fijan los intereses no determina la mera nulidad de esta estipulación sino que al ser un elemento esencial implica la nulidad del contrato sin que pueda mantenerse la vigencia de un contrato de tarjeta de crédito sin interés.

La parte apelante no cuestiona en el recurso la nulidad por abusividad de las condiciones generales impugnadas y, en lo que ahora interesa, la relativa a los intereses remuneratorios, cuestionando solo los efectos de esa nulidad apreciados en la resolución apelada.

La cláusula en la que se establece el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato de crédito, en tanto que constituye el precio del servicio y es la contraprestación que recibe la entidad financiera por facilitar el crédito al titular de la tarjeta.

Consideramos que el contrato de tarjeta de crédito no puede subsistir sin la cláusula de intereses remuneratorios y de conformidad con el artículo 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la nulidad de esa cláusula determina la del contrato.

En este sentido, la sentencia de la sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de abril de 2020, seguida por la de la sección 1ª de esa misma Audiencia de 21 de junio de 2021, indica que:

“La finalidad de los intereses remuneratorios es la retribución del prestamista, en contraprestación al aplazamiento en la recuperación del capital prestado, de modo que los intereses remuneratorios integran el objeto principal del contrato como precio o beneficio del préstamo, y constituyen por lo tanto la causa misma, de naturaleza onerosa, del contrato, por ser doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo 17 de diciembre de 2004) que la causa del contrato a que se refieren los artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil es el fin que se persigue en cada contrato, (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983 y 25 de febrero de 1995), la razón objetiva, precisa, y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997), de modo que la causa genérica y objetiva del contrato se define e identifica por la función económico- social, o práctica, del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico.

En este caso, la ausencia de causa en el contrato de tarjeta, al haber sido declarado en un pronunciamiento que ha devenido firme el interés remuneratorio, determina la nulidad del contrato de tarjeta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1261 y 1275 del Código Civil , siendo doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1932 , 15 de enero de 1949 , 20 de octubre de 1949 , 28 de abril de 1963 , 15 de diciembre de 1993 , y 10 de noviembre de 1994), la que viene admitiendo la posibilidad incluso de la declaración de oficio, sin necesidad de petición de parte, de la nulidad radical o absoluta de los contratos, para evitar que los fallos de los tribunales, por el silencio de las partes, puedan amparar hechos constitutivos de delito, o simplemente torpes o ilícitos, siendo la consecuencia de la declaración de nulidad del contrato la devolución recíproca de lo que fue objeto del contrato, lo cual es

una consecuencia "ex lege", conforme al artículo 1303 del Código Civil, de la nulidad del contrato, siendo doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, y 25 de noviembre de 2016), que la nulidad o la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, en cuanto la consecuencia principal de la nulidad o la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil, al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123.

En consecuencia, la nulidad de la cláusula que establece el interés remuneratorio determina la nulidad de pleno derecho del contrato de tarjeta de crédito, que no puede subsistir sin la misma (elemento esencial), lo que acarrea el efecto de que D. Jose Antonio deberá únicamente reintegrar el capital recibido -dispuesto- en aquella parte que no hubiere sido devuelta por medio de las cuotas mensuales satisfechas, sea en concepto de capital propiamente dicho o de abono de intereses, todo lo cual habrá de determinarse en ejecución de sentencia,...

Resulta intrascendente al respecto que el demandado no haya formulado reconvencción al objeto de interesar la nulidad del contrato, puesto que se trata de un supuesto de nulidad absoluta y se recuerda que el art. 408.2 LEC faculta al demandado para aducir en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor. La tan citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 decretó la nulidad del contrato de tarjeta sin que el demandado hubiera propuesto reconvencción, aunque advirtió que la circunstancia de que no se hubiese formulado tal acción reconvenccional solicitando la devolución de la cuantía pagada en exceso impedía condenar, en su caso, al prestamista a devolver lo que excediera del capital prestado."

Conforme a lo expuesto, el efecto de la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula impugnada, no es otra que la entidad financiera, en su caso, reintegre a la parte actora las cantidades abonadas en lo que excedan de la cantidad dispuesta, lo que debe determinarse en ejecución de sentencia. Al no haberse formulado reconvencción, en ningún caso, procede que, como consecuencia de la demanda, el actor resulte condenado a pagar cantidad alguna a la demandada, en caso de que la cantidad satisfecha por la demandante no haya cubierto el capital dispuesto, sin perjuicio de las acciones que considere oportuno ejercitar la entidad financiera".

En consecuencia, procede estimar íntegramente la pretensión subsidiaria ejercitada por la parte demandante, declarando nulo el contrato y acordando la obligación de la entidad demandada de devolver las cantidades percibidas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estando ante una estimación total, se condena en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA), en representación de _____, contra la entidad CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER, EFC, EP, S. A. U:

- Debo declarar y declaro nulas por abusividad las cláusulas relativas al interés remuneratorio y la comisión por reclamación de posiciones deudoras incluidas en el contrato de tarjeta Tarjeta Revolving Maxitarjeta 4021 4504 9583 4577, así como la nulidad misma del contrato.
- Debo condenar y condeno a la entidad demandada CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER, EFC, EP, S. A. U a reintegrar las cantidades que _____ hubiera pagado en aplicación de las mismas, más el interés legal desde la fecha de cada pago por el consumidor hasta el dictado de la Sentencia, y a partir de esta, el interés por mora procesal del art. 576 LEC.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

LA JUEZ

PUBLICACION.– Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia el día de su fecha, por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

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.