

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4  
PALMA DE MALLORCA**

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001187 /2020**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. COFIDIS, S.A SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

**SENTENCIA nº 137/2021**

En Palma de Mallorca, a 9 de julio de 2.021

D<sup>a</sup>. , Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Palma de Mallorca y su partido, ha visto los presentes autos de juicio ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el número 1187/2.020, a instancia de **DOÑA**

representada por la Procuradora Sra. y defendida por la Letrada Sra. RODRIGUEZ PICALLO contra **COFIDIS, S.A, SUCURSAL EN ESPAÑA**, representada por la Procuradora Sra. y defendida por la Letrada Sra.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El día 9/12/2020 por el/a Procurador/a Sra. en nombre y representación de la parte actora, se interpuso contra COFIDIS, S.A, SUCURSAL EN ESPAÑA demanda de juicio ordinario en la que solicitaba el dictado de una sentencia en la que:

*“ 1.- Con carácter principal, se declare la nulidad por usura del contrato de “préstamo mercantil con cuenta permanente” con nº de contrato , y nº de línea de crédito , suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2.013, así como del contrato de seguro, en caso de haberse celebrado, condenando a la entidad demandada a restituir a Doña la suma de las cantidades percibidas en la vida de la línea de crédito que*

*excedan del capital prestado al demandante, más los intereses legales devengados de dichas cantidades.*

*2.- Con carácter subsidiario al punto anterior, se declare:*

*- La nulidad por abusiva –por no superar ni el control de inclusión ni el de transparencia– de la cláusula de intereses remuneratorios del contrato de “préstamo mercantil con cuenta permanente” con nº de contrato \_\_\_\_\_ y nº de línea de crédito \_\_\_\_\_, suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2.013, y se condene a la entidad demandada a restituir a Doña \_\_\_\_\_ la totalidad de los intereses remuneratorios abonados, más los intereses legales devengados de dichas cantidades.*

*- La nulidad de la cláusula de comisión de devolución del contrato de “préstamo mercantil con cuenta permanente” con nº de contrato \_\_\_\_\_, y nº de línea de crédito \_\_\_\_\_, suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2.013, y se condene a la entidad demandada a restituírle a Doña \_\_\_\_\_ la totalidad de las comisiones cobradas, más los intereses legales devengados de dichas cantidades.*

*3.- Se condene, en todo caso, a la demandada al pago de las costas procesales.*

**Segundo.** Admitida a trámite la demanda mediante Decreto de fecha 14/01/2021 se dio traslado de la misma a la parte demandada para que, en veinte días, compareciera y contestara.

Dentro del plazo legalmente concedido la demandada contestó a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su íntegra desestimación.

**Tercero.** El día 8 de julio de 2021 se celebró la audiencia previa a la que comparecieron todas las partes personadas.

En dicho acto se fijó la cuantía del procedimiento en la cantidad de 11.427,36 euros.

Admitida la prueba propuesta tal y como se refleja en el acta, y siendo ésta únicamente documental que ya se había aportado acompañando a la demanda y contestaciones, sin que hubiese sido impugnado ningún documento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429.8 de la LEC los autos quedaron vistos para dictar sentencia.

**Cuarto.** En el presente procedimiento se han seguido los trámites previstos en la LEC 1/2000, 7 de enero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La actora sostiene en su demanda que *en su condición de consumidora, suscribió el 1 de febrero de 2.013, con la entidad COFIDIS, S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA, un contrato de “préstamo mercantil con cuenta permanente” con nº de contrato* , *mediante un modelo formalizado para todos sus clientes. A través de esta contratación, mi clienta estaba financiando una compra en [www.latiendahome.com](http://www.latiendahome.com), por importe de 373,00.-euros, a pagar en 12 cuotas mensuales de 31,08.-euros, sin ningún tipo de intereses o comisiones.*

*Según la demandada, la financiación de los citados productos se corresponde con el “préstamo mercantil”, cuya contratación llevaba aparejada la posibilidad de activar una línea de crédito revolving bajo la denominación “cuenta permanente”, con un T.I.N. de 22,12% y una T.A.E.2 de 24,51%.*

*Así, la Sra. firmó, simultáneamente y en un mismo documento contractual, una financiación sin coste alguno y también, **UNA LÍNEA DE CRÉDITO al consumo por importe inicial de 3.000,00.-euros activada el 18 de febrero de 2.014 identificada con el nº** sin ningún tipo de información sobre lo que suponía el tipo de interés aplicable y las consecuencias económicas de utilizar el pago aplazado, lo cual queda especialmente en evidencia si tenemos en cuenta que en la contratación no medió ningún comercial propiamente dicho de COFIDIS, S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA, sino que se realizó siendo intermediaria una empresa dedicada a la venta de productos para el hogar, que nada tiene que ver con operaciones de crédito o financieras. En la demanda se dice también que a la línea de crédito de mi poderdante se han venido aplicando, desde el inicio, cargos bajo el concepto “seguro de la cuota principal”, en relación a un seguro cuya contratación es totalmente desconocida para esta parte, y sobre la que la demandada no ha proporcionado ningún tipo de explicación.*

En base a tales hechos y a los fundamentos legales que invoca formula el SUPPLICO que se reproduce en los antecedentes de la presente resolución.

La demandada opone que la acción de reclamación de cantidad y restitución de efectos se encontraría prescrita en virtud de lo preceptuado en el art. 1964 CC.

La demandada opone también que *la cuenta permanente o crédito revolving fue activada a petición de la actora en fecha de febrero de 2014, es decir, un año después de suscribir el contrato de préstamo mercantil, disponiendo durante todo es tiempo de las condiciones generales y particulares del crédito revolving, decidió activar la tarjeta revolving febrero de 2014. Esta es la fecha de perfección del contrato de tarjeta revolving a cuya nulidad se pretende. En definitiva, lo que queda claro es que no nos encontramos frente a un contrato del siglo pasado sobre el que puedan existir dudas respecto a su contratación, sino ante un contrato suscrito en el año 2013 y activado en el 2014, debidamente acreditado y disponiendo el actor de las condiciones del mismo con o meses de anterioridad. Una vez revisada dicha documentación por mi mandante se activó el crédito revolving y se realizó el ingreso de la*

*cuantía efectuada por la demandante, en el número de cuenta que facilitó.* En la contestación se opone también que la TAE pactada era del 24,51%, que debe de considerarse un tipo de interés normal y que el clausulado del contrato pasa los controles de inclusión, transparencia y abusividad, por lo que interesa que se desestime la demanda.

## **SEGUNDO: CONTROL DE INCLUSIÓN.**

La parte actora solicita, con carácter principal, que se declare la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito con la demandada, por usura y, subsidiariamente, pretende que se declaren abusivas determinadas cláusulas contenidas en el mismo.

Independientemente del orden de prioridad de las peticiones que plantea el/a actor/a, el primero de los controles que debe realizarse a las cláusulas de un contrato no negociadas individualmente con un consumidor, es el control de inclusión, por ser previo a todos los demás controles, dado que, si las cláusulas de un contrato no se tienen por incorporadas al mismo, resulta innecesario valorar si se han incorporado con la debida transparencia, si son abusivas y, tampoco, si existe usura.

La finalidad del **control de inclusión** es la de comprobar que el consumidor se ha adherido al contrato con unas mínimas garantías de conocimiento de su contenido.

El control de inclusión está regulado en los artículos 5 (requisitos de incorporación) y 7 (cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato) de la LCGC.

Como señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de fecha 27 de octubre de 2020, en la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y, si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 b) de la misma Ley.

Para cumplir con el artículo 7 resulta necesario que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas, independientemente de que el adherente realmente las haya conocido y entendido (cuestión propia del control de transparencia) y el segundo de los filtros del control de incorporación,

previsto en los artículos 5.5 y 7b) LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

El control de incorporación (art. 5 y 7 LCGC) es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, mientras que los controles de transparencia y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores.

Partiendo de tales premisas generales debe pasar a valorarse el clausulado del contrato objeto de este procedimiento.

**El/a actor/a suscribió el contrato objeto del presente procedimiento en febrero de 2013**

Los únicos datos que se han incorporado al contrato de forma legible son los de identidad de la actora y los de la forma en que se financia la primera compra realizada, que se pactan en los siguientes términos:

Modo de financiación							
Comisión de apertura	Importe de la comisión de apertura*	Importe a financiar	Periodicidad	Carencia	Número cuotas	Importe de la cuota	Importe total adeudado
%	€	373,00 €	MENSUAL	0	12	31,08 €	372,96 €

A continuación, en un tamaño de letra ilegible se hace constar:

El 1er vencimiento a partir de 05/02/2013

El Titular declara aceptar el presente contrato de crédito, tras haber obtenido conocimiento de sus condiciones que al dorso se insertan. El tipo deudor mensual es del 0,00 % y la Tasa Anual Equivalente (TAE) es del 0,00 %. Calculada de acuerdo a la Circular 5/2012 del Banco de España (BOE nº 161 de 06/07/2012) y con la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

\* Cuota mínima 10 €

El condicionado general del contrato que se denomina “CONDICIONES GENERALES DEL PRÉSTAMO MERCANTIL Y DE LA CUENTA PERMANENTE” resulta ilegible debido al tamaño de la letra.

Tal condicionado está redactado en un tamaño de letra inferior a 1,5 mm y, en consecuencia, absolutamente ilegible.

El tamaño de la letra es una cuestión que afecta al control de inclusión o incorporación y no al de transparencia.

Como ya se dijo, el artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación determina que “**no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles ...**”.

En este mismo sentido el artículo 80 del RDL 1/2007 por el que se aprueba el TR de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios establece:

“*Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente*

*1.- En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, ... , aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*(...)*

*b) Accesibilidad y **legibilidad**, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato su existencia y contenido. **En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura**”.*

El contrato objeto de este procedimiento ha sido suscrito en el año **2013**, cuando todavía no estaba en vigor el artículo 80 del RDL 1/2007 en los términos antes dichos, ahora bien, en ese momento sí estaba en vigor el artículo 7 b) de la Ley de Condiciones de la Contratación, antes transcrito, que ya exigía que para que una condición general pueda entenderse incorporada al contrato esta debe ser **legible**.

En este caso, el tamaño de la letra del clausulado del contrato es inferior a 1,5 milímetros, por tanto, se considera que es ilegible, al interpretarse el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la evolución que el legislador ha realizado de los requisitos de legibilidad de las cláusulas contractuales cuando se contrata con consumidores y usuarios, como es el caso.

Por tanto, **se tienen por NO INCORPORADAS al contrato todas las condiciones del mismo, al considerarse que las mismas son ilegibles.**

**CUARTO: CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE NO INCORPORACIÓN DEL CLAUSULADO AL CONTRATO.**

La declaración de no incorporación de todas las cláusulas, por no superar el control de incorporación, que afecta a cláusulas esenciales del contrato, sin las que mismo no puede subsistir, conlleva su nulidad (arts. 9 y 10 de la LCGC ).

En este sentido la sentencia de la Sala 1ª del TS 47/2021, de 2 de febrero de 2021, decía:

*Dado que esas cláusulas, y concretamente la 3ª, regulan elementos esenciales del contrato, procede declarar la nulidad del mismo, conforme prevé el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. La apreciación de la nulidad del contrato no infringe el principio de congruencia puesto que el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que condenaba a la restitución de las prestaciones suponía, en la práctica, la declaración de nulidad del contrato de swap*

La declaración de nulidad del contrato conlleva la **restitución de las prestaciones** (art. 1303 CC) como efecto *ex lege*, por lo que el/a actor/a solo debe reintegrar a la demandada las cantidades efectivamente dispuestas y, en consecuencia, la demandada debe reintegrar al/a actor/a cualquier cantidad que haya percibido por encima de la cantidad dispuesta con la tarjeta de crédito.

#### **PRESCRIPCIÓN.**

La demandada opone que la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas estaba prescrita en el momento de la interposición. La parte actora, en el acto de la audiencia previa, no ha considerado preciso realizar ninguna alegación sobre el particular.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación a la prescriptibilidad de la acción de restitución de las cantidades abonadas en aplicación de una cláusula declarada nula por abusiva, doctrina que es aplicable a este supuesto.

Entre otras en este mismo sentido, cabe citar la sentencia de fecha 5 de mayo de 2021:

*SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, en orden a la prescripción de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, **este Tribunal ha venido argumentando en reiteradas***

*resoluciones que si bien la acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, no está sometida a ningún plazo de ejercicio y con ello que debe ser considerada como imprescriptible, no ocurre lo mismo con la acción restitutoria de las cosas que hubiesen sido dadas, entregada u obtenidas en virtud del contrato nulo, pues tales efectos restitutorios están sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales ( art. 1964 Cc) ( SAP Madrid de 14 de junio de 2017)*

*En similar sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 21 de enero de 2019, al referir:*

*"7. El punto de partida debe ser el artículo 1930.2º del Código Civil, por el que los derechos y las acciones "de cualquier clase que sean" se extinguen por la prescripción. La prescripción extintiva, aunque afecta a la acción, se traslada al derecho subjetivo tutelado por esta, que también puede verse extinguido por la inacción judicial del titular. El fundamento de la prescripción es doble: desde un punto de vista objetivo, se vincula con la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones jurídicas ( Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981 y 30 de noviembre de 2000 ) y, desde una perspectiva subjetiva, se alude a la presunción de abandono del derecho o a la dejación en su ejercicio por parte del titular ( Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 y 6 de mayo de 2009 ).*

*8. Por tanto, la prescripción es la regla y alcanza a todas las acciones, salvo aquellas que el propio Código Civil u otras Leyes declaran imprescriptibles, como ocurre con las acciones de filiación ( artículos 132 y 133 del Código Civil ), la de división de la cosa común ( artículo 400 del código civil ), la acción de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento ( artículo 1965 del Código Civil ), la acción de nulidad absoluta de la marca registrada ( artículo 51.2º de la Ley de Marcas ) o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCat. Que la prescripción sea la regla general no es contradictorio con la obligación de interpretar restrictivamente dicha institución, según jurisprudencia reiterada, por no estar basada en principios de estricta justicia ( Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 o 24 de mayo de 2010 , entre otras muchas).*

*9. La jurisprudencia también ha proclamado de forma reiterada que la nulidad absoluta o radical de los contratos por inexistencia de causa o por no concurrir alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil no es susceptible de sanación y, en consecuencia, que la*

**acción es imprescriptible** ( Sentencias de 18 de octubre de 2005 o 22 de febrero de 2007 ). Esa doctrina se ha sentado fundamentalmente para distinguir la acción de nulidad de los contratos por falta de alguno de los presupuestos del artículo 1261 de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, que está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Cc Y aun cuando doctrinalmente se haya discutido, la misma imprescriptibilidad de la acción alcanza también a otros supuestos de nulidad absoluta, como ocurre con los actos contrarios a la Ley ( artículo 6.3º del Código Civil).

10. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1 º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8). Ello no obstante entendemos que **la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa.**

11. **Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido, cuestión que suscita serias dudas de derecho.** Ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* ( STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad.

12. Sin embargo toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, **distingen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido**

*producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo. Se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible (el artículo 121-2 del CCat declara imprescriptibles todas las acciones meramente declarativas). Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones "cualquiera que sea su naturaleza" por el mero lapso de tiempo fijado por la ley ( artículos 1930 y 1961 del Código Civil ). La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción.*

**13. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 se pronunció en ese sentido, descartando que las acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:**

*"Que si la cuestión de la prescripción es de ordinario, como reconoció la sentencia de esta Sala de 10 abril 1947 ( RJ 1947\601) "delicada y confusa", con las dificultades inherentes a ellos, éstas suben de punto, cuando se trata de aplicarla en relación con actos jurídicos tachados de vicio de nulidad, pues entonces hay que examinar la naturaleza de tales actos, el carácter absoluto o relativo del defecto imputado, su repercusión respecto a las acciones ejercitadas para pedir su cumplimiento o anulación, en relación con la figura de la prescripción y las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, respecto al lapso de tiempo transcurrido, interrupción del mismo, etcétera;*

*(...)*

*" Que en la Sentencia últimamente citada de 7 enero 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina*

*jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción , como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en anteriores Sentencias, entre otras en las de 8 mayo 1903 , 2 marzo 1912 , 26 marzo 1915 y 13 abril 1956 ( RJ 1956\1560), de que dado el concepto y fundamento de la prescripción , está la Institución encaminada, especialmente, a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que **se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil, la cuestión aparece clara: en el párr. 2º del art. 1930 , se declara la prescriptibilidad de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean": en los arts. 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa, torpe, sin establecer que, las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su art. 1965 ; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca -y dicho queda que este Tribunal la estima acertada- no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción , cuya excepción alegada y aceptada en la***

*instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción, el recurrente denuncia."*

*14. La jurisprudencia, sin embargo, no es uniforme en este sentido, pues la más reciente Sentencia de 25 de marzo de 2013 (ECLI ES:TS :2013:2456), en un supuesto de nulidad absoluta por simulación -no de nulidad por infracción de norma imperativa- dijo lo siguiente:*

*"En este motivo Chiota, SA y Puerto Deportivo de Alicante, SA denuncian la infracción del artículo 1964 del Código Civil .*

*Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe - como había establecido el Tribunal de apelación-, sí lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.*

*A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese efecto restitutorio - en cuanto personal y no sometida a un régimen especial- había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.*

*II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis, como en su ejecución.*

*En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada -"ex nihilo nihil" -.*

*Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto -"colorem habet substantiam vero alteram" -o puede no ocultar nada-" colorem habet, substantiam vero nullam"-.*

*Este último es el supuesto de simulación que el Tribunal de apelación declaró convenido entre Otachi, SA y Chiota, SA, de modo que, por ser la simulación absoluta, no hubo más que apariencia de negocio y nada oculto."*

*15. Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, a favor de la prescripción de la acción restitutoria o de reclamación de cantidad de los gastos abonados en aplicación de una cláusula nula por abusiva se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 , que distingue entre la acción declarativa de nulidad (imprescriptible) y la acción de condena a la restitución, sujeta al plazo de prescripción de*

quinze años del artículo 1964 del Código Civil (en su redacción anterior a la Reforma efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), a contar desde el momento en que realizaron los pagos indebidos. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017. En contra, la Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de marzo de 2018 .

16. Pues bien, aun cuando, como hemos dicho, la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimamos que, efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, **si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo.** No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido.

17. **No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos.** Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada. De hecho, este Tribunal sólo ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta el momento, sobre acciones meramente declarativas de nulidad de la cláusula de gastos. El Tribunal Supremo, de igual modo, conoció de una acción colectiva de nulidad, declarando abusiva la cláusula que imputa indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación ( Sentencia de 23 de diciembre de 2015 ). Sobre la base del carácter abusivo de la atribución sin matices de todos los gastos al prestatario, la reciente Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ECLI ES:TS :2018:848 ) señala que deben ser los tribunales quienes decidan y concreten "en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores , cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación (fundamento cuarto, apartado cuarto)." Esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su

*carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad. De este modo, a diferencia de lo que acontece con la restitución de los efectos de la cláusula suelo, en este caso, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la acción no es restitutoria o de devolución de las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula, sino que se trata de una acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros (el notario, el Registro, el gestor o la Administración Tributaria). Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1.158 del Código Civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en el artículo 1.895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...).*

**18. Tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas de oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que la prescripción se oponga por el profesional en tiempo y forma.** La Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que valora precisamente la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo proclamada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión del establecimiento de plazos razonables de prescripción. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

"68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la

Unión ( sentencia de 6 octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C 40/08 , EU:C:2009:615 , apartado 41).

70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal -como es un plazo razonable de prescripción - de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C 542/08 , EU:C:2010:193 , apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42 , apartado 13).

19. Por tanto, la prescripción de la acción restitutoria no resulta contraria al artículo 6.1º, de la Directiva 93/13 , siempre que el plazo de prescripción resulte "razonable", como ocurre en nuestro Derecho con los plazos largos de prescripción de las acciones personales ( artículos 1964 del Código Civil o 121.20 del Código Civil de Catalunya ).

**20. En definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción"**

Y en parecidos términos las SSAP de Valencia, Sec. 9, de 1 y 12 de febrero de 2018, en la que tras rechazar la hipótesis de que se compute el plazo de prescripción desde el día 23 de diciembre de 2015, fecha de la primera sentencia del Alto Tribunal que declaró la nulidad de una cláusula de gastos, argumenta:

"También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no sólo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad ", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo".

Recientemente y sobre dicha cuestión de la prescripción se han pronunciado las SSTJUE de 9 y 16 de julio de 2020 y como aspectos más relevantes de esta última sentencia, debemos reseñar:

- 82.- No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta ( sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión....

- La falta de normativa específica de la Unión sobre la materia , "con lo cual su regulación corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

- **El Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad."**

- En cuanto al principio de efectividad el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento...

- Un plazo de prescripción de cinco años es conforme con el principio de efectividad.

- En cuanto a la fecha de inicio del plazo de prescripción, indica que la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato

*-con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula-, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.*

*- Concluye que " el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución"*

*Como ya decíamos en sentencia de 15 de julio de 2020 consideramos que la aplicación al caso concreto de dicha jurisprudencia, debe conllevar a ratificar la argumentación expuesta, por cuanto:*

*- No se vulnera el principio de equivalencia, pues se aplica el plazo de prescripción de quince años establecido con carácter general para las acciones personales que no tienen establecido un plazo inferior de prescripción, conforma al artículo 1.964 del Código Civil*

*- En cuanto al principio de efectividad, y atendida la remisión al derecho interno, el artículo 1.969 del Código Civil dispone que el plazo de prescripción, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará **desde el día en que pudieron ejercitarse.***

*Consideramos, asimismo, que esta regulación no hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de la Directiva 93/13, pues en la fecha en que el prestatario **abonó el importe cuya restitución peticiona, conocía que había pagado dichos importes y desde dicho momento pudo ejercitar su derecho a solicitar la restitución de lo que consideraba indebidamente repercutido.***

*En consecuencia y dado que no se discute que ha transcurrido con exceso el plazo de 15 años desde aquella fecha hasta que se formuló la reclamación extrajudicial, procede, en este extremo, desestimar el recurso.*

En este caso, la actora abonó el primer recibo en el que ya se incluían cantidades indebidas (intereses y seguro) el día **5 de marzo de 2014** y envió a la demandada una carta de **reclamación extrajudicial** (doc. nº 1 de la demanda, no impugnado) el día 16 de julio de 2020, al que la demandada dio respuesta en **septiembre de 2020**

El plazo de prescripción aplicable a la acción restitutoria es el establecido en el artículo 1.964 del CC.

La reducción del plazo de 15 a 5 años operado por la Ley 42/2015 entró en vigor el día **7 de octubre de 2015** y encontrándonos ante una deuda contraída con anterioridad, resulta de aplicación lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, que establece expresamente que el tiempo de prescripción de las acciones personales, que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el art. 1.939 del Código Civil.

Este precepto, a su vez, dispone que *"la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo"*.

Pese a las dificultades de interpretación que puede haber por la ambigüedad del art. 1.939 CC, el régimen transitorio es el siguiente:

- Relaciones jurídicas nacidas antes del 7-10-2000. Prescritas en la actualidad.
- Relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2000 y el 7-10-2005. Aplicación del plazo anterior de 15 años previsto en el art. 1.964 CC.
- **Relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2005 y el 7-10-2015.** Aplicación de la regla transitoria de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que a su vez se remite al art. 1.939 CC, la prescripción será el **7-10-2020**, en cualquier caso.
- **Relaciones jurídicas nacidas a partir del 7-10-2015** (entrada en vigor de la Ley 42/2015). Aplicación del plazo actual de 5 años previsto en el art. 1.964 CC.

Pues bien, en este supuesto, la actora abonó parte de las cantidades indebidas antes del 7 de octubre de 2015 y la acción para la reclamación de tales cantidades hubiese prescrito el 7 de octubre de 2020, lo que no ocurrió al haber interrumpido la prescripción la actora unos meses antes. La acción para la reclamación de las cantidades abonadas con posterioridad al 7 de octubre de 2015 habría ido prescribiendo a medida que hubiesen ido transcurriendo el plazo de cinco años desde cada pago indebido, lo que tampoco ha ocurrido al estar interrumpida válidamente la prescripción de la más antiguas de estas cantidades.

Por lo anteriormente expuesto, la excepción de prescripción no prospera.

La actora ha dispuesto de la cantidad de 6.415 euros y ha abonado 8.579,20 euros, por tanto, se condena a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 2.164,20 euros.

Por tanto, la demanda se estima íntegramente y se declaran no incorporadas al contrato todas condiciones generales del mismo y se condena a la demanda a reintegrar al actor la cantidad de **2.164,20 euros**.

#### **QUINTO: INTERESES.**

En materia de intereses son de aplicación los artículos 1.100 y 1.108 del CC, por lo que se condena a la demandada a pagar al/a actor/a el interés legal de la cantidad objeto de condena desde la fecha de interposición de la demanda.

#### **SEXTO: COSTAS.**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada.

Visto el conjunto de la prueba practicada, las alegaciones de las partes, preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Estimo íntegramente la demanda presentada por **DOÑA**  
contra **COFIDIS, S.A, SUCURSAL EN ESPAÑA** y declaro no incorporadas al contrato objeto de este procedimiento todas sus condiciones y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato al no poder subsistir sin ninguna de sus condiciones esenciales y condeno a la demanda a reintegrar a la actora la cantidad de **2.164,20 euros**, así como los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda hasta su completo pago. Se imponen a la demandada las costas.

**Modo de impugnación:** mediante recurso de APELACIÓN, ante la Audiencia Provincial que se interpondrá por medio de escrito presentado ante este juzgado en el plazo de VEINTE DIAS hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente resolución. Es requisito para su admisibilidad la constitución de un único depósito de 50 euros, tal y como exige



la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (BOE 04/11/09), que deberá ingresarse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Juzgado indicando que se hace concepto de “recurso”.

Así lo pronuncio, mando y firmo.