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

SENTENCIA: 00090/2022

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000428 /2021

Procedimiento origen: /
Sobre RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATACION
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.
DEMANDADO D/ña. EOS SPAIN SL
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA 90/22

Almansa, a treinta de mayo de dos mil veintidós.

Vistos por mí, _____, juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Almansa, los presentes autos del juicio ordinario 428/2021, seguidos por _____, representado por el Procurador de los Tribunales _____ y defendido por el letrado José Carlos Gómez Fernández, frente a EOS SPAIN SL, representada por el Procurador de los Tribunales _____ y defendida por la letrada _____, sobre anulación de contrato y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de demanda presentada por el Procurador de los Tribunales _____, en nombre y representación de _____, frente a EOS SPAIN SL, en la que, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que estimaba pertinentes, terminaba solicitando que se dictara sentencia que: a) se declare la nulidad del contrato de tarjeta revolving suscrito el 11 de diciembre de 2013, por ser un contrato usurario; o b) subsidiariamente, se declare la nulidad de la comisión por reclamación de impagados. En ambos casos, se pide que se condene a la demandada a reintegrar las cantidades abonadas durante la vida del crédito de forma indebida por aplicación de las cláusulas declaradas nulas, más intereses legales e imposición de costas.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para que la contestara en el plazo de 20 días, lo que se hizo en su nombre y representación por el Procurador de los Tribunales, interesando la desestimación de la demanda.

TERCERO. La audiencia previa tuvo lugar el día 26 de mayo de 2022, donde se desestimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada por la demandada.

Acto seguido se procedió al trámite de fijación de hechos controvertidos y al subsiguiente de proposición y admisión de prueba en los términos que quedaron grabados. Como toda la prueba propuesta y admitida fue de naturaleza documental, las actuaciones quedaron directamente vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Explica la parte actora que el día 11 de diciembre de 2013 suscribió con Bankinter Consumer Finance EFC SA un contrato de tarjeta de crédito que incluye el modo de pago *revolving*, con una TAE del 26,82%, lo que lo hace usurero conforme a la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, y la jurisprudencia en la materia.

Subsidiariamente, se invoca la normativa de protección de consumidores, condición en la que intervino la demandante en el contrato. Se afirma que existen determinadas cláusulas que resultan abusivas en beneficio de la entidad demandada, en concreto, la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

La demandada alega falta de legitimación pasiva, y, subsidiariamente, rechaza que el contrato pueda calificarse de usurario, así como la falta de transparencia y la abusividad que se afirman de contrario. Invoca, por último, la prescripción de la acción de restitución de cantidades.

SEGUNDO. Empezando con la falta de legitimación pasiva, es un hecho incontrovertido que el contrato de autos se celebró el 11 de diciembre de 2013 con Bankinter Consumer Finance EFC SA. La demanda se dirige, sin embargo, contra EOS SPAIN SL porque ésta le notificó al demandante que había adquirido los derechos del crédito.

Es cierto que alguna jurisprudencia menor estima que, ante una cesión de créditos, existe falta de legitimación pasiva, y que se debe dirigir la acción frente al contratante originario.

Dice así la SAP Murcia de 17 de febrero de 2022: *"Si se tratara de una cesión de contrato, que implica subrogación en todos los derechos, y obligaciones del vendedor en relación con los contratos financieros, es preciso el consentimiento del contratante cedido, que no consta. Y si es cesión de crédito, ello lo que implicará es que el cesionario pueda reclamarlo, pero al no subrogarse en las obligaciones del vendedor, éste seguirá estando obligado en su caso frente a la contraparte en el contrato inicial cuyo crédito es cedido"*.

También es esta la postura de la SAP Gijón en diversas de sus sentencias, como la de 11 de febrero de 2022.

Sin embargo, este juzgador se adhiere a otra interpretación, cual es la de entender que la cesión en bloque de créditos, como es el caso de autos (documento 2 de la contestación a la demanda) no opera como una simple cesión o transmisión de la titularidad del crédito, sino que comporta una subrogación del cesionario en la posición del cedente en el contrato y, en consecuencia, hace desaparecer cualquier vínculo entre el cedente y el sujeto cedido.

Así, la SAP Salamanca de 24 de enero de 2022 sienta:

"Pero lo cierto es que en el caso existió una cesión global de una cartera de créditos, de modo que no nos encontramos ante la simple figura de la cesión de créditos entre particulares, sino ante un contrato de cesión global de una cartera de créditos, por la que el cedente (entidad bancaria) transmite al tercero (fondo de inversión) su completa posición contractual, tanto activa como pasiva, merced a una auténtica novación contractual (art. 1203.3° CC), haciendo así posible la minoración de la carga financiera de la entidad bancaria cedente y el saneamiento de su contabilidad.

Estas cesiones de crédito en masa suponen lógicamente, por su propia finalidad un negocio de prestaciones recíprocas entre cedente y cesionario en virtud del cual se transmite la completa posición contractual del cedente, tanto activa como pasiva; todo ello, sin perjuicio de las acciones de saneamiento que, a su vez, le puedan corresponder al cesionario frente al cedente, en virtud de los pactos suscritos.

Por consiguiente, no puede ponerse en duda que el cesionario que inicia la acción es el titular del crédito cedido, porque en relación con el crédito se ha producido la novación por cambio de acreedor (art. 1.203.3° CC), por lo que es el titular del crédito con los derechos a él incorporados (art. 1528 CC) y debe soportar las excepciones

que el deudor tuviere por razón del contrato contra el inicial cedente (por todas, las SSTS de 21 de marzo de 2002 y 30 de abril de 2007), entre las cuales se encuentra la oportunidad de alegar que el contrato, en su origen y desarrollo posterior, era nulo por usura, como expresó la STS de 20 de noviembre de 2008, o contenía unas cláusulas que pudieran ser declaradas abusivas en la contratación con un consumidor.

La estimación del presente motivo del recurso implica que la entidad demandante-reconvenida debe responder, de existir, de la usura, así como que también tenga que hacerlo del efecto derivado de la nulidad, ya consentida, por su carácter abusivo de las cláusulas impugnadas. Y de declararse el carácter abusivo del préstamo, inevitablemente tendrá una incidencia directa en las cláusulas”.

Por su parte, la SAP A Coruña de 30 de diciembre de 2021 mantiene que “este e tribunal considera que la cesión en bloque de créditos, supone no sólo que el cedente deja de ser acreedor, sino que también conlleva la desaparición de la relación contractual que existe ente el cedente y el deudor, es decir, que el deudor no puede reclamarle al cedente, en los supuestos, a que nos hemos referido anteriormente, en que la aplicación del artículo 3 de la Ley de Usura, supone la existencia de un crédito del deudor por las cantidades que ha abonado que exceden del capital dispuesto; y que debe ser el cesionario del crédito el que debe hacer frente a las deudas que en su caso el cedente pudiera tener con el prestatario.

Y lo entendemos así, en primer lugar, por cuanto, no sólo desaparece el prestamista cedente de la relación jurídica, como ya dijimos, sino también porque el cesionario obtiene una importante ventaja en los supuestos de cesión en bloque de créditos, como lo es que los deudores, cuyos créditos han sido cedidos, no pueden ejercitar el derecho de retracto con el cesionario, a pesar de que este último haya adquirido cada concreto crédito por un precio, que aun cuando no está determinado individualmente, hay que considerar acreditado, como muy inferior al importe del crédito cedido y reclamado.

Al mismo tiempo, el cesionario, al haber adquirido numerosos créditos, en una adquisición global, por una cantidad que está acreditado -pues no se discute- muy inferior a la suma del importe de los créditos que le fueron cedidos por el prestamista, lo que supone un importante beneficio -al igual que la imposibilidad de los deudores de oponerle el derecho de retracto- tiene también que soportar los perjuicios derivados de dicha cesión, entre los cuales ya no solo debemos citar los cobros fallidos, tanto por no disponer el deudor cedente de

bienes para satisfacer la deuda como si por aplicación de la Ley de usura el pretendido crédito desapareciera, en todo o en parte, al haber abonado el deudor cantidades superiores a las que le han sido reconocidas por el cedente, sino también, y por aplicación, precisamente de la Ley de usura, la obligación de abonar al deudor el saldo dinerario que resulte de la diferencia entre las cantidades que ha abonado y el capital del que ha dispuesto.

Por último, debemos añadir también que la entidad cesionaria, que se dedica a la adquisición de múltiples créditos en condiciones muy ventajosas, dada la actividad económica a la que se dedica, tiene la obligación de comprobar si los créditos cedidos se corresponden con la realidad, y más, en concreto, si se han aplicado cláusulas que puedan ser consideradas abusivas, entre ellas, el tipo de los intereses remuneratorios, y que conlleven la reducción o desaparición del concreto crédito cedido -o incluso un saldo positivo a favor del deudor- y si no lo ha hecho así, limitándose a adquirir los créditos en globo, por la suma que ha pactado con el cedente, las consecuencias perjudiciales, entre ellas la obligación de proceder al abono de las cantidades que consideren los tribunales que ha satisfecho de más el deudor y que tiene derecho a que le sean devueltos".

Muy ilustrativa resulta también la SAP Cantabria de 12 de noviembre de 2019: "Se mantiene por la entidad Hoist Finance Spain, S.L. su falta de legitimación pasiva, aduciendo esencialmente que no existe por su parte subrogación acreditada, ya que la relación que le vincula con la acreedora cedente (Wizink) es la propia de una cesión de crédito a cambio de precio, y no la que caracteriza a una cesión de contrato. Tal cuestión ya ha sido resuelta en sentido desestimatorio en anterior sentencia de este mismo tribunal de fecha 25 de septiembre del 2019, recaída en el Rollo 216/2019. Resulta que no nos encontramos ante la simple figura de la cesión de créditos entre particulares sino ante un contrato de cesión global de una cartera de créditos, por la que el cedente (entidad bancaria) transmite al tercero (fondo de inversión) su completa posición contractual, tanto activa como pasiva, merced a una auténtica novación contractual (art. 1203.3º CC), haciendo así posible la minoración de la carga financiera de la entidad bancaria cedente y el saneamiento de su contabilidad. Estas cesiones de crédito en masa suponen lógicamente, por su propia finalidad - y a falta de concluyente prueba en contrario por parte de quien recurre- un negocio de prestaciones recíprocas entre cedente y cesionario en virtud del cual se transmite la completa posición contractual del cedente, tanto activa como pasiva".

En consecuencia, esta alegación de la demandada debe ser desestimada.

TERCERO. La polémica de las tarjetas *revolving* fue abordada por el Tribunal Supremo mediante su sentencia dictada el 4 de marzo de 2020, ratificada por la reciente sentencia de 4 de mayo de 2022. Los puntos esenciales son los siguientes:

- El porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero -y, por tanto, si es o no usurario- es la tasa anual equivalente (TAE).
- La comparación debe hacerse con el "interés normal del dinero" referido a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada.
- Corresponde al prestamista la carga de probar que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo. No pueden considerarse como tales los riesgos derivados de un alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Supremo considera que el porcentaje del 26,82% era desproporcionado en comparación con el 20%, que era el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características al tiempo de celebrarse el contrato. La justificación es que este tipo medio es ya de por sí muy elevado, de modo que el margen para incrementar el precio de la operación, sin incurrir en usura, es menor.

A ello deben añadirse otras circunstancias a ponderar, como el público al que suelen ir destinadas, o 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.

CUARTO. Aplicando esta jurisprudencia al caso de autos, debe entenderse que el contrato pactado debe ser anulado por

haberse establecido un interés usurario conforme a la llamada Ley Azcárate.

La TAE pactada en el caso de autos es de un 26,82%. El tipo medio en el año 2013 (en que se celebró el contrato) para las tarjetas *revolving* era del 20,68%.

La diferencia existente (6,14 puntos) es superior a la que, en su sentencia de 4 de marzo de 2020, llevó al Tribunal Supremo a declarar la nulidad del contrato por usura (en ese caso, eran 5,92 puntos porcentuales de diferencia). Existe una clara desproporción, no justificada por la demandada, que provoca la nulidad del contrato por usura.

QUINTO. En cuanto a la prescripción de la acción restitutoria, es cierto que, con ocasión de las llamadas cláusulas abusivas en contratos con consumidores, el TJUE ha admitido que la acción restitutoria pueda estar sujeta a un plazo de prescripción (STJUE de 22 de abril de 2021), y que este plazo sería el de cinco años del artículo 1964 CC.

Sin embargo, en el caso de la nulidad radical derivada de un préstamo usurario, existe una jurisprudencia específica, de la que es ejemplo la STS 539/2009, de 14 de julio, que sienta que el efecto devolutivo de esta nulidad es automático e insoslayable, ajeno al paso del tiempo. Decía esta sentencia que:

“La nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley 23 de julio de 1908, **comporta una ineficiencia del negocio que es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insanable, ni es susceptible de prescripción extintiva.** Dicha nulidad afecta a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, de que **ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, lo que determina que el prestatario haya de devolver la cantidad efectivamente recibida sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución,** ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido, lo que lleva aparejada la consecuencia de que, aun en el caso hipotético planteado por la parte recurrente de que se inste la nulidad del préstamo antes del cumplimiento del plazo fijado, la devolución por el prestatario de la cantidad recibida ha de ser inmediata».

Por tanto, en estos casos la acción restitutoria no está sujeta a plazo de prescripción, debiendo rechazarse esta excepción material planteada en la contestación a la demanda.

En la misma línea cabe citar la SAP Zaragoza de 6 de junio de 2019, la SAP Oviedo de 13 de septiembre de 2021 o la SAP Jaén de 13 de mayo de 2021. Esta última resulta particularmente ilustrativa:

<<La declaración de usurario de un contrato de préstamo comporta su nulidad radical o absoluta y originaria, no convalidable sino insubsanable, y no susceptible de prescripción extintiva (STS de 14 de julio 2009 y del Pleno de 25 de noviembre de 2015). O en palabras de la reciente SAP de Valencia, secc 6ª, de 10-2-2020, se trata de una "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva>>.

El mismo criterio acoge la SAP Melilla de 14 de julio de 2021: **"Consideramos, por tanto, que, declarada la nulidad del contrato, no cabe fijar límite temporal a la restitución en función del tiempo transcurrido desde que aquél fue firmado"**.

SEXTO. En virtud del artículo 3 de la Ley Azcárate, la nulidad del contrato determina que *"el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado"*.

Por tanto, al amparo del artículo 219 LEC, procede posponer la liquidación de la condena al tiempo de la ejecución, condenando ahora a la demandada a reliquidar la deuda sin la aplicación del tipo de interés retributivo pactado en el contrato, y a restituir a la actora todas las cantidades indebidamente percibidas por este concepto, más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros (STS de 4 de mayo de 2017).

SÉPTIMO. Las costas deben imponerse a la demandada por imperativo del artículo 394.1 LEC.

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales , en nombre y representación de , frente a EOS SPAIN SL, y, en consecuencia, DECLARO la nulidad del contrato celebrado