

Materia: Contratos en general  
Resolución: Sentencia 000024/2023  
IUP: TR2021074743

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u> Demandado	<u>Abogado:</u> Francisco De Borja Virgos De Santisteban	<u>Procurador:</u>
	Santander Consumer Finance		

## SENTENCIA

En la ciudad de Santa Cruz de Tenerife a veintisiete de enero de dos mil veintitrés.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. \_\_\_\_\_, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de esta ciudad, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos bajo el **número 1261/2021**, y promovidos, como demandante, por **D. \_\_\_\_\_** representado por el Procurador de los Tribunales D. \_\_\_\_\_, asistido por el Letrado D. Francisco de Borja Virgós de Santisteban, contra la demandada **entidad mercantil SANTANDER CONSUMER FINANCE SA**, representada por la Procuradora de los Tribunales DÑA. \_\_\_\_\_, asistida por el Letrado D. \_\_\_\_\_, que versan **sobre declaración de nulidad contrato de tarjeta de crédito y/o cláusulas de intereses remuneratorios y/ comisiones varias**, y

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte actora compareció ante este Juzgado por medio de escrito de demanda, en la que por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que estimaba aplicables al caso, y finalizaba con la súplica de que previos los trámites legales se dictase sentencia conforme a sus pedimentos.

**SEGUNDO.- 1.-** De dicha demanda se dio traslado en legal forma a la parte demandada, que en el término correspondiente presentó escrito de contestación, teniéndose por precluido el trámite y siguiendo el pleito su curso.

2.- Convocadas las partes para la audiencia previa, se celebró en la fecha acordada, diecisiete de enero del corriente año, con la asistencia de Procurador/a y Abogado/a de la parte demandante y de la demandada, acto en que, a falta de acuerdo y fijados los hechos controvertidos, ambas partes propusieron las pruebas de que pretendían valerse.

3.- Admitida como única prueba la documental aportada por cada parte con su escrito de demanda y contestación, no impugnada de contrario, se declaró, conforme al art. 428.9 LEC, concluso el juicio para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Para la resolución de este litigio hemos de partir del contrato de tarjeta de crédito suscrito el 24 de abril de 2015 por el actor con la entidad demandada denominada DISA MASTERCARD con n.º - documento uno de la demanda -. Según las condiciones de la misma se trata de un crédito en la modalidad “Revolving” por la que los clientes tienen la posibilidad de poder solicitar sucesivas financiaciones o nuevas disposiciones dinerarias a través de la misma línea sin necesidad de firmar nuevos contratos hasta el límite establecido, estandose a lo acordado en las Condiciones Generales del contrato firmado. Añade que como consecuencia de la aplicación de esas condiciones el TAE aplicado es el 26,35%, lo que considera manifiestamente desproporcionado y sin que concurra circunstancia o riesgo excepcional alguno, a acreditar por la prestamista, que justifique su imposición. Además señala que ese tipo aplicado supera en más de cinco puntos porcentuales a la tasa del 21,13 %, aplicable a la fecha de la firma del contrato para las operaciones con tarjetas revolving según las estadísticas del Banco de España – documento tres de la demanda -. Y refiere que en ese condicionado se incluye una comisión por devolución de cuotas impagadas de 34 €, que encubre una penalización por demora encubierta que considera abusiva, puesto que se calcula con independencia de cuál sea la cantidad debida y del tiempo de la demora.

2.- Alega el actor, apelando a su condición de consumidor, que han fracasado las reclamaciones extrajudiciales efectuadas para intentar lograr un acuerdo amistoso, aportando a tal fin su reclamación de fecha 30 de julio de 2021 y la respuesta negativa de la entidad financiera dada el 11 de agosto de 2021 - documentos cuatro y cinco de la demanda -, y por ello que, con base en la abundante doctrina legal y jurisprudencial citada, solicita las pretensiones fijadas en el acto de audiencia previa, a saber: a) principalmente la nulidad del contrato suscrito por usuario y que el actor solo estaría obligado a devolver a la entidad el capital dispuesto, y si el importe satisfecho fuere superior como consecuencia de cargos por cualquier concepto ( intereses, comisiones, gastos ... ), con condena de la demandada a devolver la cantidad resultante tras su descuento, a calcular en ejecución de sentencia con los intereses legales devengados desde cada pago, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC; b) subsidiariamente que se declare la nulidad de las cláusulas por las que se establece el sistema de cálculo de los intereses ordinarios con la consecuencia apuntada en el apartado anterior; y c) en su defecto que se declare que la cláusula del referido contrato de tarjeta de crédito revolving por la que se impone una comisión por reclamación de cuota impagada de treinta y cuatro euros es nula por abusiva, con condena a restituir a mi mandante las

cantidades que por su concepto haya podido cobrarse y que se determinarán en ejecución de sentencia, con más los intereses legales devengados desde cada pago, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1303 CC.

**SEGUNDO.- 1.-** Pretensiones todas ellas a las que se opone la entidad demandada que, mantiene la plena validez y eficacia del contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado o revolving aportado, elegido por el actor que lo firmó de forma voluntaria y libre, sabedor de su funcionamiento y que la ha usado, la tarjeta, desde de que no se trata de un préstamo. Afirma que el tipo medio para estas operaciones según datos estadísticos del Banco de España siempre se ha situado en el entorno del 20 % o 21 %, por lo que discrepa de la interpretación que se hace de la Ley Azcárate para amparar la nulidad de unos intereses de 26,35 %, y cita abundantes resoluciones de los tribunales en apoyo de su tesis. Alega que el hecho de que el actor haya tardado tanto tiempo en interponer la demanda, lo que califica como retraso injustificado, no puede quedar exento de consecuencias.

**2.-** Añade que el tipo pactado no es desproporcionado ni usurario, por una parte porque califica al cliente con capacidad suficiente para discernir la diferencia esencial entre un préstamo personal y una tarjeta de crédito, sabedor del tipo de interés a aplicar y del riesgo que conlleva el contrato firmado. Estima que la TAE del contrato del 26,35 % no es usuraria habida cuenta que, según la doctrina legal y jurisprudencial aplicable invocada, se debe comparar no con el tipo medio del interés legal del dinero o el de los intereses de los préstamos al consumo en el momento de celebración del contrato, y sí con el correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia sobre la que versa la disputa, en este caso el segmento de las tarjetas de crédito en el que se incluyen las tarjetas revolving y de pago aplazado, conforme a las estadísticas oficiales del Banco de España.

**TERCERO.- 1.-** Así expuestos los hechos la cuestión controvertida se ciñe a decidir si el tipo de interés remuneratorio para pagos aplazados del 26,35 % TAE fijado en el contrato de tarjeta indicado es o no es usurario como consecuencia de la La Ley Azcárate, o Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura. Cuestión a resolver teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 319.3 de la LEC, según el cual "en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado 1 de este artículo", apartado relativo a la plena fuerza probatoria que ostentan los documentos públicos respecto del hecho, acto o estado de cosas que documenten, así como de la fecha y de las personas intervinientes. Además, jurisprudencia del Tribunal Supremo viene remarcando con reiteración dicha libre facultad valorativa en estos supuestos, afirmando que "se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia ( Sentencia de 9 de enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial ( Sentencias de 31 de marzo de 1997, 10 de mayo de 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (Sentencia de 29 de septiembre de 1992) valorando caso por caso (Sentencia de 13 de mayo de 1991), con libertad de apreciación (Sentencia de 10 de mayo de 2000), formando libremente su convicción (Sentencia de 1 de febrero de 2002)" ( STS de 22 de febrero de 2013).

2.- Cuestión que exige decidir si interés ese remuneratorio pactado es muy superior al habitual y desproporcionado a las circunstancias del caso, debiendo advertirse que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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), a comparar no con el interés legal del dinero y si con el interés normal o habitual para la operación de que se trate según las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las propias entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales, hipotecarios, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc.). Obligación informativa de las entidades que tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada ( STS 628/15, de 25 de noviembre).

3.- La STS 4 de marzo de 2020, completando y precisando la doctrina sentada por la anterior Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, ha aclarado, finalmente, cuál es 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, en el caso de las tarjetas revolving, en los siguientes términos:

a) "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".

b) "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".

c) "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".

d) "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".

**4.-** La expuesta doctrina sentada por la STS 4 de marzo de 2020 en modo alguno ha sido modificada o alterada por la posterior STS 367/2022, de 4 de mayo, pues saliendo al paso de la polémica suscitada por las posibles interpretaciones dadas a su contenido, el propio Tribunal Supremo en un nota de prensa emitida por su Gabinete Técnico aclara que la citada resolución *« ... no ha supuesto ninguna modificación ni matización de la doctrina jurisprudencial sobre las tarjetas revolving. Al contrario, como dice expresamente su fundamento de derecho tercero, esta sentencia reitera la doctrina sentada en la STS 149/2020, de 4 de marzo, según la cual para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» al realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y decidir si el contrato es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y que, si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede 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....»*.

**5.-** Como tampoco supone un cambio de criterio la STS de 4 de octubre de 2022 al apuntar que *" Si existen categorías más específicas dentro de otra más amplia (como sucede con la de tarjeta de crédito revolving , dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con lo que la operación crediticia cuestionada presente más coincidencia (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales 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 ."* Se puede afirmar que las Sentencias del Tribunal Supremo 367/2022, de 4 de mayo y 643/2022, de 4 de octubre, han venido a

complementar la doctrina ya expuesta en las anteriores Sentencias 406/2012 de 18 de junio, 628/2015, de 25 de noviembre y 149/2020, de 4 de marzo.

**CUARTO.- 1.-** En el caso de autos la T.A.E. aplicada fue del 26,35 % y en el año 2015 el tipo medio de este tipo de operaciones en el apartado específico de tarjetas de crédito y tarjetas revolving, según las estadísticas del Banco de España, estaba en un tipo medio del 21,13%, porque así consta en la información pública que facilita el Banco de España a través de su página web ( con la preceptiva información que le facilitan las entidades financieras como ya se ha expuesto ), a partir del mes de junio de 2010, en el cuadro 19.4, capítulo 1 del Boletín Estadístico al reflejar el TEDR previsto para cada anualidad desde entonces. Por tanto la cuestión a resolver es si esos más de cinco puntos de diferencia bastan para declarar usuario el pactado, es decir si esa diferencia supera o no la frontera de la usura, cuestión discutible puesto que, como se indica en SAP Pontevedra 3 marzo 2021, los criterios seguidos por las Audiencias varían y no son coincidentes, dado que en unos casos lo fijan en porcentajes que oscilan entre un 10% y un 15% y en otros en un incremento de puntos. Si bien todas ellas coinciden en que la comparativa debe hacerse entre el TAE de la tarjeta y el TERD, o tipo efectivo definición restringida, que figura en la estadística del Banco de España -respecto al cual el TAE debiera ser ligeramente superior al no incluir comisiones-.

**2.-** Al respecto cabe citar la SAP A Coruña 16 marzo 2021 que confirma la sentencia dictada en la instancia que declaró la nulidad por usurario del contrato de línea de crédito suscrito entre las partes en fecha 12 de junio de 2015, por estimar que « ha de reputarse acreditado que en este caso el interés normal del dinero para este tipo de operaciones, es decir, la media del interés remuneratorio pactado en este tipo de operaciones crédito revolving, en el año 2015, en que se concertó el contrato, era de un 21,13%, por lo que en aplicación de la doctrina del T.S. ha de concluirse que en este caso el pactado del 24,51%, es superior, por lo que al ser superior al normal del dinero, debe ser declarado usurario, por lo que debe ser confirmada la sentencia de instancia y declarar nulo el contrato concertado entre las partes por resultar usurario.» La SAP León 7 julio 2020 hace referencia a esta cuestión, y tras su remisión a los tipos medios reflejados en los boletines estadísticos del Banco de España para las tarjetas de pago aplazado o tarjetas "revolving ", concluye que estas referencias confirman que, en la evolución histórica, el tipo medio se sitúa en torno al 20%, y por debajo del 21%, como así resulta de la media de los índices citados (solo en los años 2014 y 2015 superaron muy ligeramente el 21%), lo que aplicado al caso que nos ocupa basta para terminar afirmando que una TAE de 26,35 % resulta por tanto desproporcionada.

**3.-** También aplicable al caso resulta la SAP Santa Cruz Tenerife Secc. 4ª 25 marzo 2021 al abordar la cuestión que nos ocupa y que, a la vista de la nueva doctrina del Tribunal Supremo (fundamentalmente en lo que se refiere al índice de referencia que ha de tomarse como término de comparación para fijar el carácter usurario del tipo de interés aplicado al caso), entiende que hay que reinterpretar o adaptar los criterios seguidos por los diferentes tribunales (a los que se refiere el recurso) y, entre ellos, por los de esta Sección, para ajustarlos a esos criterios en aras de evitar soluciones variadas y no exentas de una cierta discrecionalidad incontrolada con alguna merma para la seguridad jurídica, pues lo que para un tribunal puede

ser un interés notoriamente superior en una ponderación de las circunstancias concurrentes, para otro diferente puede merecer una consideración distinta bajo las mismas circunstancias. Añadiendo que « esta Sección se ha considerado que un tipo de interés que supere en el 20 % al de referencia es notablemente superior a este y por tanto hay que considerarlo usurario en función, por un lado, del índice de referencia como normal del dinero es ya de por sí elevado, por lo que el margen de incremento para que no superar de forma "notable" el "normal" del mismo ha de establecerse en unos límites prudentes, sin que, por tanto, se pueda sobrepasar más de una quinta parte del mismo a partir del cual debe considerarse notablemente superior; y, por otro lado, por las características del préstamo ».

4.- Aplicando estos criterios al presente caso, tenemos que partir de un índice de referencia del 21,13 % y concluir que en este caso el interés (TAE) aplicado del 26,35 % es usurario, pues supera en una quinta parte (el 20%) al de referencia mencionado, cuyo 20% se concreta en 4,22 puntos porcentuales y en este caso el pactado supera el referente en 5.22 puntos.

**QUINTO.- 1.-** La consecuencia de la consideración de la financiación que nos ocupa como usuraria será la anulación de todo el contrato con los efectos de la nulidad por usura previstos en el art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, tal y como postula la parte actora con su pretensión principal. Señala dicho precepto que "declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, 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". En consecuencia, procede la estimación íntegra de la demanda correspondiendo al demandante el pago exclusivamente del capital dispuesto con la tarjeta contratada, imputando al mismo los pagos que ya haya efectuado, con devolución, por parte de la demandada SANTANDER CONSUMER FINANCE SA de la parte de los mismos que exceda del concepto estricto de capital prestado que es el único exigible.

2.- La liquidación y concreción de la suma a devolver, en su caso, que deberá hacerla inicialmente la propia entidad bancaria, que dispone de los programas informáticos necesarios para su determinación efectuando las operaciones aritméticas que correspondan, con arreglo a las bases y la declaración y efectos hechos en esta sentencia, acorde con lo dispuesto en el art. 219 LEC que en modo alguno se estima infringido. Liquidación de la que, en su momento y una vez aportada a los autos, se dará traslado a la actora para que la impugne si no estuviere conforme con ella y a salvo del posible acuerdo que se pudieren alcanzar las partes sobre este punto relativo a la liquidación.

3.- La determinación, en su caso, de las cantidades a restituir a través de una reserva de liquidación conforme a lo dispuesto en el art. 219 LEC y a efectuar en ejecución de sentencia es un efecto consustancial e inherente a la declaración nulidad del contrato que se produce ex lege por aplicación del art. 1303 Cciv. Y así lo admite la SAP Santa Cruz de Tenerife Secc. 4ª 26 junio 2020, puesto que lo que aquel precepto pretende es impedir la condena genérica y sin especificaciones de cuantía ni siquiera referenciales, pero el mismo no prohíbe plenamente la reserva de liquidación aunque sí limita su alcance, pues señala que la sentencia puede fijar con claridad y precisión las bases para su liquidación que deberá consistir en una simple operación

aritmética que se efectuará en ejecución, cual ocurre en el caso que nos ocupa.

4.- Criterio acorde con la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en, por ejemplo, la Sentencia de 29 junio 2018 que cita y en la que se señala que *«resulta contrario a las más elementales exigencias de la justicia y, por tanto, difícilmente compatible con la tutela judicial efectiva, privar a la demandante de la indemnización a la que tiene derecho por el hecho de que, por causas que no le son imputables, no se haya podido completar el proceso de fijación del importe líquido de la indemnización antes de la sentencia, porque la complejidad del objeto del litigio, la ajenidad de la demandante a las fuentes de prueba y las rigideces propias del proceso civil no hayan permitido dar los últimos pasos que eran necesarios para tal concreción»*.

**SEXO.- 1.-** Cantidad a devolver resultante de restar del total abonado el capital prestado, que devengará los intereses legales que correspondan a liquidar también en ejecución de esta sentencia firme que sea, si bien cabe discutir si ese devengo se produce desde la fecha de cada liquidación, desde la fecha de realización del requerimiento extrajudicial de pago aportado con la demanda o desde la fecha de la interposición de la demanda, tenidos en cuenta artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, en relación, en su caso, con art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-.

2.- Para el caso de la devolución de los gastos hipotecarios, la SAP Soria 22 enero 2018, mantiene que el pago de intereses lo sería desde la fecha de la interpelación judicial, o reclamación extrajudicial, no desde el momento de haberse pagado la cantidad por la parte actora, aun cuando es contrario el criterio sostenido por el Juzgado de Primera Instancia 7 bis de Pamplona al decir en Sentencia de fecha 6 noviembre 2017 que las cantidades objeto de condena *<< se incrementarán, de conformidad con el art. 1303 Cc , con los intereses legales desde el momento de pago de cada una de ellas hasta la fecha de esta sentencia. >>*.

3.- Precepto este último que resulta aplicable en este caso en que la consecuencia de la declaración de nulidad contractual por usura debe ser el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica de las partes a la situación a su estado anterior, lo cual no se cumple solo con la simple restitución de las cantidades indebidamente cobradas con sus intereses legales desde que extrajudicial o judicialmente fueron reclamados, sino que deberán devengarse desde que dichas cantidades fueron cargadas en la cuenta del actor. Doctrina esta sentada en relación con los intereses devengados por las cantidades a devolver como consecuencia de la declaración de abusividad de cláusulas contractuales, cual se recoge en la SAP Toledo 5 mayo 2020 que cita las STS 23 enero 2019 y STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.

**SÉPTIMO.- 1.-** También ha de resolverse la solicitud de nulidad por abusiva de la cláusula que impone una comisión por devolución de cuota impagada de 34 € por cada una de ellas, porque, como ya se ha expuesto, entiende la actora que no debe quedar incorporada al contrato y

debería, en su caso, proceder la demandada a devolver la cantidad cobrada por este concepto con intereses legales desde cada liquidación conforme al art. 1303 CCIV. Devolución a que estaría obligada la entidad demandada acorde con lo razonado en los apartados precedentes, y dado que el cliente debe, única y exclusivamente, devolver a la entidad demandada el capital dispuesto con la tarjeta.

2.- Huelga por tanto pronunciamiento sobre la nulidad de esa cláusula porque, cual se dice en la SAP de esta provincia citada « implicando la declaración de usurario la nulidad de todo el contrato, también debería reputarse como nulas la totalidad de sus cláusulas, por lo que ninguna necesidad existía de examinar la pretensión sobre la nulidad por abusivas de las cláusulas también impugnadas por este carácter, pues la nulidad del contrato englobaría también la de estas cláusulas.». Si bien a mayores se matiza en la referida sentencia con respecto al carácter abusivo de esa cláusula impugnada, la que contempla una comisión por recibo impagado, que « *en lo que respecta a esa cláusula anulada, la impugnación deducida por la parte apelante no puede estimarse pues, como señala la sentencia apelada, encubre una especie de sanción por el impago equiparándose a unos intereses de demora que no tienen como base la prestación de un efectivo servicio, sino más bien la actuación derivada del impago* ».

**OCTAVO.- 1.-** Por último ha de significarse que no cabe aceptar tampoco la apelación que la defensa de la demandada hace en su contestación al hecho de que el actor haya tardado tanto tiempo en interponer la demanda, lo que califica como retraso injustificado y que, postula, no puede quedar exento de consecuencias. No cabe compartir lo expuesto por el invocado retraso en el ejercicio de una acción no prescrita o acudir a la teoría de los actos propios por el uso de la tarjeta hecho por el/la cliente, durante muchos años y sin queja alguna por su parte hasta ahora. Al respecto baste citar la SAP Santa Cruz de Tenerife 14 julio 2020, referida a otro instrumento de financiación similar o análogo al que nos ocupa como es la Tarjeta de Crédito Citibank, pues abunda en dos cuestiones a tener en cuenta para reforzar el fallo favorable al cliente frente a la reclamación u oposición de las entidades financieras en estos casos, como son por una parte el recurrente empleo en esos contratos de fórmulas estereotipadas de aceptación de las condiciones, lo que necesariamente no significa que se hubiere prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información. Y en segundo lugar el que esa falta de información contractual inicial no puede paliarse con la contenida en los posteriores y sucesivos extractos mensuales remitidos al cliente, como tampoco con el hecho de haber utilizado este el producto durante años sin queja alguna por su parte, cual si de un acto propio se tratase que en modo alguno convalida o sana la nulidad advertida.

2.- También la SAP Santa Cruz de Tenerife 25 marzo 2021 rechaza el motivo expuesto al decir en su fundamento de derecho cuarto que « *Ante la afirmación realizada en el escrito de recurso de que fue la actora la que ha mantenido este contrato durante más de 16 años, sin queja ni reclamación alguna, invocando la teoría de los actos propios, como dice el Tribunal Supremo "En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC (EDL 1889/1) aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito «sustancialmente equivalente» al préstamo" STS*

*de 18 de junio de 2012, 22 de febrero de 2013 y 2 de diciembre de 2014. » o « Recordemos, además, que el carácter usurario de un crédito conlleva su nulidad radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, y las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura (EDL 1908/41), consecuencias que operan por disposición legal, por lo que no es de aplicación la doctrina de los actos propios que invoca la entidad recurrente, al no ser posible un acto confirmatorio de un acto radicalmente nulo; y por ello, el paso del tiempo o la pasividad de la actora no puede ser utilizado como argumento de una especie de prueba del consentimiento del contratante. »..*

**3.-** En el mismo sentido se expresa la SAP La Rioja 11 noviembre 2022 al decir que *« La Sala no estima de aplicación la doctrina de los actos propios, por la reiteración y sucesiva contratación por el demandante de créditos similares, hasta nueve entre el 11 de enero de 2018 y el 20 de febrero de 2019, que evidencia, precisamente por los altos intereses pagados, la situación de necesidad del prestatario, incapaz de acudir a otros medios de financiación con precios muy inferiores ..... En este sentido, comparte la Sala lo razonado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2022, Nº de Recurso: 464/2021, Nº de Resolución: 10/2022" ..... "...conforme se solicita en la demanda, procede declarar la nulidad radical, absoluta y originaria del contrato que nos ocupa por tratarse de un contrato usurario. Tal pronunciamiento hace innecesario entrar a conocer de las restantes cuestiones planteadas en el recurso, sin que por otra parte consideremos que sea de aplicación al caso de autos la doctrina de los actos propios, pues tal doctrina no es aplicable en materia de nulidad, por cuanto resulta imprescriptible que el acto sea susceptible de ser confirmado ( STS de 7 de abril de 2015 o de 16 de febrero de 2012 ) siendo la nulidad por usura en términos del Alto Tribunal ( STS de 14 de julio de 2006 ) "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva". ».*

**NOVENO.- 1.-** En cuanto a las costas de este procedimiento, procede su imposición a la parte demandada estimada que ha sido la pretensión del actor, por aplicación del art. 394 LEC y del principio del vencimiento objetivo, sin que quepa moderar ese rigor apelando a las dudas de derecho que el caso generaba con arreglo a una doctrina jurisprudencial ya consolidada.

**2.-** También procede la imposición acudiendo, por analogía, a los principios contenidos en la STS 472/2020, de 17 de septiembre, del Pleno de la Sala Primera, acorde con la anterior STS 419/2017, de 4 de julio, y conforme a la STJUE e 16 de julio de 2020, que reitera su doctrina sobre el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea en litigios que versen sobre cláusulas abusivas impugnadas por el consumidor en préstamos hipotecarios, declarando que si el consumidor pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, por una parte no quedaría indemne pese a tener un fallo favorable, y por otra se produciría un efecto disuasorio inverso, no a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los contratos y sí a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas que se verían amortizadas con los gastos de su defensa y representación.

**3.-** En la misma línea se expresan la STS 36/2021, de 27 de enero, o también la STJUE de 22

de septiembre de 2022 (C-215/21), que incide en que tampoco está exenta del pago de las costas la entidad que satisface las pretensiones del consumidor fuera del proceso judicial al que acudió este obligado por el comportamiento de aquella, porque la tesis contraria, como es hacer recaer sobre el consumidor el riesgo de tener que abonar las costas a expensas de ese comportamiento extrajudicial del profesional, crea un obstáculo significativo que puede disuadirlo de ejercer su derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales incluidas en el contrato de que se trate y, en definitiva, supone vulnerar el principio de efectividad.

En atención a lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

Que estimando la demanda formulada por el demandante **D.**

representado por el Procurador de los Tribunales D.

, contra la demandada **entidad mercantil SANTANDER CONSUMER FINANCE SA**, representada por la Procuradora de los Tribunales DÑA.

, :

- 1.- Declaro la nulidad por usurario del contrato de tarjeta de crédito denominada DISA MASTERCARD con n.º y suscrito el 24 de abril de 2015 entre el actor y la entidad mercantil demandada.
- 2.- Declaro que el actor solo estará obligado a devolver a la entidad demandada la suma o capital recibido o dispuesto en concepto de principal como consecuencia del uso de la tarjeta, condenando, en su caso, a la entidad demandada a restituir o devolver al actor las cantidades que excedan de lo efectivamente dispuesto, incrementadas en ambos casos con los intereses legales computados desde cada pago y según la liquidación que se efectúe en ejecución de esta sentencia firme que sea.
- 3.- Condeno a la demandada al pago de las costas causadas en esta instancia

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