

Materia: Sin especificar
Resolución: Sentencia 000017/2022
IUP: LR2021113643

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u> FRANCISCO DE BORJA VIRGOS DE SANTISTEBAN	<u>Procurador:</u>
Demandado	WIZINK BANK.S.A.U.		

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 25 de enero de 2022.

Vistos por _____, MAGISTRADO del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 920/2021 seguido entre partes, de una como demandante _____, dirigido por el Abogado FRANCISCO DE BORJA VIRGOS DE SANTISTEBAN y representado por la Procuradora _____ y de otra como demandada WIZINK SAU dirigida por el Abogado _____ y representado por la Procuradora _____, sobre nulidad de contrato y condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La representación procesal de la parte demandante formuló demanda frente a la demandada que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando que se dictase sentencia en los términos previstos en el suplico de la misma que, en aras de brevedad, se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que se personara en los autos y la contestase, lo que verificó por escrito presentado por el indicado procurador por el que terminaba por solicitar sentencia que desestime íntegramente la demanda interpuesta con expresa condena de costas del procedimiento a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes al acto de audiencia previa, esta tuvo lugar en el día y hora señalados con la concurrencia de las partes, afirmándose y ratificándose en el contenido de sus escritos. Fijados los hechos y siendo la única prueba admitida la de documentos aportados con la demanda y no estando estos impugnados, el proceso quedó visto para sentencia, de conformidad con el art. 429.8 de la LEC.

CUARTO.- Durante la tramitación de este proceso se han observado y cumplido las prescripciones legales, a excepción de los plazos procesales, debido al volumen de asuntos que se tramitan en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de contrato de préstamo por usurario, conforme a los arts. 1 y 3 de la Ley 23/1908 de represión de la usura. Además, ejercita acción de nulidad por abusiva de determinadas cláusulas contractuales

La parte demandada sostiene que la demanda debe ser desestimada negando que los intereses remuneratorios sean usurarios y, por lo demás, alegando que se cumplen los requisitos de transparencia previstos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, superando las condiciones contractuales el control de incorporación y transparencia y no siendo abusivas sus cláusulas.

SEGUNDO.- La acción principal ejercitada es la de la nulidad del contrato por interés remuneratorio usurario, en virtud del Artículo 1 de la Ley de 23 de Junio de 1908, de la Usura.

Con fecha de diciembre de 2010, las partes suscribieron contrato de tarjeta de crédito con un 14,71 % de TAE. A lo largo de la vida del contrato la TAE ha sido modificada unilateralmente por la demandada, pasando a ser del 18,86% en julio de 2008, de 22,42% en abril de 2012, de 26,82,% en noviembre de 2012, hasta que en marzo 2020 pasó a ser también por decisión unilateral de la demandada, de 21,94 %.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 noviembre 2015 señala al respecto que "A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, « que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija « que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» .

La citada resolución contemplaba un supuesto en el que interés remuneratorio pactado apenas superaba el superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, señalando a este propósito que "La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es « notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como « notablemente superior al normal del dinero» .

Continúa afirmando la repetida Sentencia que "Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea « manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo. Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico"

Más específicamente , en la reciente Sentencia de 04/03/2020(Roj: STS 600/2020 - ECLI:ES:TS:2020:600) , referida a una tarjetas como la que nos ocupa, concluye lo siguiente:

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

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

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

3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe

considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos.

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

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de «interés normal del dinero» y el tipo de interés remuneratorio del crédito revolving objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

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

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

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

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

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

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

En este caso no cabe duda que una TAE que llegó a ser del 26,82 % *es un interés notablemente superior al normal del dinero* , lo que determina el carácter usurario de la operación de crédito, *toda vez que por la demandada no se ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de dicho interés.*

Sobre cómo puede incidir la modificación unilateral del tipo de interés en la declaración de nulidad por usura de un contrato , como dice la Sentencia AP, Civil sección 4 del 21 de octubre de 2020 (ROJ: SAP O 4188/2020 - ECLI:ES:APO:2020:4188): “se ha pronunciado esta Sección en sentencias como las de 2 de mayo de 2019 o 10 de marzo y 7 de octubre de 2020, para poner de manifiesto que no cabe fraccionar o parcelar en el tiempo un contrato que es único, pues resultaría absurdo que un mismo contrato pudiera ser válido y nulo al mismo tiempo en función del periodo de vigencia que se considere y del tipo de interés que durante el mismo se hubiera aplicado; lo que contemplan los arts. 1 y 3 de la Ley de Represión de la Usura es la nulidad total del contrato, y no solo la referida a un periodo de tiempo durante el que desplegó sus efectos. No se está ante una novación, que exigiría una nueva negociación y acuerdo de las partes (arts. 1203 y concordantes CC), de las que nada aparece, y menos ante varios contratos a los que pudiera darse un tratamiento diverso, sino ante un incremento unilateral realizado en desarrollo o aplicación de lo ya pactado, que en tanto posibilita tan elevadísimo interés debe merecer la sanción de nulidad por usura. Es decir, que aunque se aceptase como válido el interés inicial -lo que no se admite por las razones indicadas- la conclusión final sería la misma acerca de la nulidad del contrato litigioso por causa de usura”.

Con relación a la prescripción alegada en cuanto al reintegro de los intereses remuneratorios, debe desestimarse, pues la devolución no es más que una consecuencia ex lege de la nulidad declarada del contrato de tarjeta de crédito, y la acción de nulidad no está sometida a plazo de caducidad ni de prescripción alguno.

Como recuerda la SAP, Civil sección 5 del 22 de septiembre de 2020 (ROJ: SAP GC 1294/2020 - ECLI:ES:APGC:2020:1294) “Como ya hemos tenido ocasión de resolver en Sentencia de 16/07/2018 pronunciada en el rollo n.º 498/2017 no cabe apreciar excepción alguna de prescripción ni respecto a la pretensión de nulidad ni, al ejercitarse conjuntamente,

respecto a la de reclamación de cantidad por restitución de prestaciones recíprocas.

Nos hallamos en presencia de un acción de nulidad radical o absoluta que, según constante jurisprudencia de ociosa cita, es de carácter imprescriptible. Si la acción de nulidad es imprescriptible la pretensión de obtener las consecuencias de dicha declaración (esto es, la restitución de prestaciones) seguirá al menos su iter temporal. La acción es la misma aunque se consigan distintos pronunciamientos: uno declarativo y otro de condena, ambos derivados de una misma acción, la de nulidad contractual y es que no puede ejercitarse (y, por tanto no puede comenzar el plazo de prescripción como diremos más adelante) acción de restitución de prestaciones de contrato nulo si, previamente o a la vez, no se declara la nulidad del mismo. No compartimos pues el criterio esgrimido por la apelante en su motivo con cita en ilustres profesores.

No ignoramos tampoco que la tesis de diferenciación de acciones y plazos de prescripción ha sido asumida judicialmente y así la AP Baleares, sec. 5ª en Sentencia de 15-5-2018 (nº 176/2018, rec. 165/2018).

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el art. 1303 del Código Civil establece que "declarada la nulidad" de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses. Es sabido además que según abundante doctrina jurisprudencial la restitución a que dicho precepto se refiere es un efecto ex lege, esto es, no nace del contrato anulado, sino de la ley y que se trata de consecuencia natural e ineludible que va necesariamente vinculada a la nulidad, de ahí que no precise de una petición expresa de la parte (STS de 26-6-2006), de modo que el propio tribunal puede acordar la restitución en virtud del principio iura novit curia, sin que el juez incurra en incongruencia. Así en STS de 4-12-2008 (nº 1189/2008, rec. 264/2004) se dijo con cita en la de 11 de febrero de 2003 que « la aplicación de los efectos de los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil tiene naturaleza "ex lege ", y constituye una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual que opera incluso con independencia de si se recoge o no en la parte dispositiva de la sentencia (S. 8 noviembre 1.999)».

Además, ha de tenerse en consideración que el art. 1969 del Código Civil dispone que "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" y es obvio que no se puede ejercitar la "acción restitutoria basada en la nulidad" sin previamente haberse pedido y obtenido la nulidad del negocio jurídico [así se expresa el citado art. 1303 CC cuando dice que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas materia del contrato una vez "declarada la nulidad de la obligación"] por lo que, a lo más, cabría considerar la prescripción de la acción de tal reclamación autónoma (acción restitutoria) en el eventual supuesto de que se hubiera judicialmente declarado simplemente la nulidad del negocio reservándose las partes las acciones restitutorias de ella derivada, en cuyo caso el plazo (quince años antes, hoy, cinco - art. 1964 CC -) comenzaría con la firmeza de la declaración judicial de nulidad."

Aunque la posición no es unánime en las Audiencias, en favor de la tesis de la

imprescriptibilidad , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Malaga , Sección 7 del 14 de julio de 2021 (ROJ: SAP ML 110/2021 - ECLI:ES:APML:2021:110) expone que : “La consideración por parte del Juez de instancia de que ha de diferenciarse entre la acción de nulidad y la de restitución tiene su base en diversos pronunciamientos de varios tribunales provinciales sobre la cláusula de gastos hipotecarios.

Ejemplo de estos pronunciamientos es, además del que cita la sentencia recurrida, el contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 279/2021, de 31 de Marzo, que se expresa en estos términos:

" Comenzando por análisis del motivo de impugnación esgrimido por la parte actora, como ya se indica en la propia resolución recurrida con cita a resoluciones dictadas por este mismo Tribunal, 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".

Como puede apreciarse, la tesis que sostiene la sentencia recurrida en nuestro caso parte de la traslación a un supuesto de usura de una consideración basada en la abusividad de determinada cláusula.

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 677/2014, de 2 de Diciembre sintetiza la postura del Alto Tribunal sobre la problemática de la concurrencia de la normativa sobre Usura y sobre Protección del consumidor, a través del análisis de la sentencia del mismo Tribunal nº 406/12, de 18 de Junio.

Dice así la referida sentencia:

" La cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, porque así lo soliciten las partes, o bien, porque se considere de oficio su examen conjunto, caso que nos ocupa, ha sido tratada, en profundidad, por esta Sala en su Sentencia de 18 de Junio de 2012 . En ella declaramos que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto, no obstante, su aplicación conjunta o integrada resulta incompatible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados.

En esta línea, y de forma sintética al hilo de la Sentencia citada de esta Sala, interesa destacar las siguientes diferencias técnicas en torno a su respectiva aplicación.

A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil , especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio

económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierce exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta.

B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva.

C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; "

Como puede apreciarse, la diferencia técnica existente entre ambas normativas, a la que se hace referencia en el apartado B de los argumentos transcritos, se refiere a la consecuencia del control, que en el caso de la usura es la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución, sanción ésta que se anuda a la nulidad misma, mientras que el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva.

Siendo así, la diferenciación entre acciones que en el caso sometido a nuestra consideración se hace al amparo de la técnica de una normativa claramente diferente no parece responder al espíritu y finalidad de la norma específica, en la que la restitución se anuncia como anejo inseparable a la nulidad.

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, lo que parece más acorde con los términos en que se pronuncia el Tribunal Supremo en la citada sentencia nº 539/2009, de 14 de Julio.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid nº 458/20, de 19 de Noviembre, resolución que con amplia cita de la dicha resolución (STS nº 539/2009, de 14 de Julio anteriormente aludida), dice lo siguiente:

" La Sentencia citada excluye la aplicación de efectos del art. 1303 CC a la nulidad declarada por ser de aplicación preferente los efectos establecidos en el art. 3 de la norma especial de Represión de la Usura, que concreta los efectos de la nulidad del contrato al establecer , motivo por el que la declaración de nulidad en el presente caso lleva a declarar la obligación del demandante de entregar las cantidades recibidas de la demandada con motivo del contrato,

con obligación de la demandada de devolver al demandante todas las cantidades recibidas que excedan del capital prestado, a determinar en ejecución de Sentencia.

La previsión legal descrita concreta el efecto de declaración de nulidad radical atribuida al carácter usurario de los intereses, con la obligación del prestamista de devolver al prestatario el total de lo percibido que exceda del capital prestado, efecto de devolución total implícito en la declaración de nulidad radical que no permite a criterio de esta Sección, en el presente caso y con esos presupuestos, nulidad radical y extensión de efectos definida en norma especial, apreciar la existencia de plazo de prescripción distinto respecto de la exigibilidad de aplicación de los efectos de la declaración de nulidad, validación de efectos nulos por el transcurso del tiempo incompatible con el tenor literal de la norma que exige tener en cuenta el total de lo percibido por la prestamista".

Incluso en alguna sentencia que considera que sí que cabe apreciar la prescripción de la acción de restitución considera que no puede considerarse como fecha de inicio del cómputo del plazo, la fecha de celebración o desde que se realizó el pago indebido. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6 de 11 de octubre de 2021 (ROJ: **SAP O 3184/2021** - ECLI:ES:APO:2021:3184)

El TS tiene dicho en su auto de 22 de julio de 2021 que "se ha planteado con frecuencia ante este Tribunal Supremo si la sentencia que, además de declarar la nulidad del contrato, acuerda la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, incurre en el defecto de incongruencia cuando tal pretensión no ha sido formulada expresamente en la demanda (especialmente, cuando el demandante no ha propuesto la restitución de lo que él mismo ha recibido en ejecución del contrato cuya nulidad solicita). En tales casos, hemos declarado que la sentencia que acuerda tal restitución no solicitada no incurre en incongruencia porque la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el art. 1303 del Código Civil, no necesita de petición expresa de la parte y debe ser acordada por el Juez cuando declara la nulidad del contrato (por ejemplo, sentencias 843/2011, de 23 noviembre y 485/2012, de 18 de julio).

7.- Por el contrario, apenas se ha planteado ante este Tribunal la cuestión de la prescripción de la acción de restitución de las cosas entregadas en aplicación del contrato cuya nulidad se ha solicitado en un litigio. Quizás la explicación se encuentre en que antes de la reforma del art. 1964 del Código Civil llevada a cabo por la ley 42/2015, de 5 de octubre, el plazo de prescripción de esta acción era de 15 años, por lo que no era fácil, en términos temporales, que el demandado pudiera oponer la prescripción de la acción de restitución.

8.- No obstante, en las pocas ocasiones en que tal cuestión se ha planteado, este Tribunal ha distinguido entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de 15 años y en la actualidad es de 5 años.

9.- En efecto, en la sentencia de 27 de febrero de 1964 y en la más reciente sentencia 747/2010, de 30 de diciembre, hemos distinguido entre la acción de declaración de nulidad

absoluta del contrato, que hemos considerado imprescriptible, y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, a la que hemos aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales.

10.- En consecuencia, la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia."

En dicha resolución el alto tribunal se hace eco de la doctrina impartida al respecto por el TJUE señalando que en su sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank SA y BBVA, apartado 88, este último ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza "desde la celebración del contrato". En el caso de la sentencia 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, el Tribunal de Justicia es más explícito todavía en su apartado 47:

"Pues bien, la oposición de un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente viola el principio de efectividad (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y BBVA, apartado 91)".

El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como "dies a quo" del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el "enriquecimiento indebido" o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad.

E igual sucede respecto de un plazo que comienza a correr con el cumplimiento íntegro del contrato: STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75.

Es así que, descartado por el TJUE que el plazo prescriptivo coincida con la celebración del contrato o el día en que se realizó el pago indebido, procede desestimar el recurso que aquí nos ocupa pues es obvio que la pretensión deducida en el mismo de que se declaren prescritas las cantidades que el cliente pudiera haber abonado indebidamente desde noviembre de 2003 hasta febrero de 2005 solo podían sustentarse en alguno de los criterios que, como acabamos de reseñar, han sido expresamente rechazados por el tribunal comunitario, cuya doctrina es vinculante para el juez nacional".

Sentado que el contrato de préstamo litigioso no es nulo de pleno derecho por falta de objeto (ni de ningún otro elemento esencial) y que por el contrario es usurario, sus efectos no son los

previstos en el art. 1.303 del CC, sino los establecidos en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura , esto es la consiguiente devolución por parte de la demandante del capital percibido, descontándose todo aquello pagado , independientemente del concepto en que se ha hecho. Salvo que lo ya devuelto por parte de la demandante sea superior a lo dispuesto, en cuyo caso , será la parte demandada quien esté obligada a devolver. En el plano práctico, ello conllevaría la aplicación de todas las cantidades pagadas por el prestatario en cualquier concepto, a la deuda contraída; compensándose las partes de las cantidades resultantes de la anterior operación, y pagando en su caso los importes no cubiertos.

A dicha cantidad por aplicación del artículo 1.101 en relación con el artículo 1.108. ambos del C.C.se añadir el intereses legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda

Estimándose la acción principal no es necesario entrar a valorar las pretensiones subsidiarias.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho o derecho.

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de DOÑA
contra WIZINK BANK SA, declaro nulo por usurario el contrato de tarjeta de crédito que vincula a las partes, con las consecuencias expuestas en el fundamento de derecho segundo, condenando a la demandada al pago de las costas.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ