

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE DENIA

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000823/2022-E

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Contra: D/ña. CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER

Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA N° 000111/2023

MAGISTRADA-JUEZ: D^a

Lugar: DÉNIA Fecha: veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés

PARTE DEMANDANTE:

Procurador:

PARTE DEMANDADA CAIXABANK PAYMENTS & CONSUMER

Procurador:

Vistos por SS^a Dña. _____, Magistrada-Juez titular del Juzgado de 1^a Instancia n° 5 de Denia y su partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 589/2022 seguidos a instancia de doña _____, representada por el Procurador don _____ y asistida por el Letrado don José Carlos Gómez Fernández, frente a la entidad Caixabank Payments & Consumer EFC, representada por el Procurador don _____ y asistida por el Letrado don _____, en ejercicio de la acción individual de nulidad de contrato por no superación del doble filtro de transparencia, nulidad del contrato por usura, y nulidad de cláusulas y prácticas abusivas.

HECHOS

PRIMERO.- Por la parte actora se formuló demanda de Juicio ORDINARIO solicitando se dictara sentencia por la que: Se DECLARE la nulidad del contrato de autos por no superar el doble filtro de transparencia. Y, SUBSIDIARIAMENTE, se declare la nulidad del contrato por usura. Y SUBSIDIARIAMENTE, se declare la nulidad por abusividad de la comisión por impago y gestión de recobros, y la cláusula de interés moratorio o penalización superior en 2 puntos al remuneratorio, y se CONDENE a la demandada a la restitución de todos los efectos dimanantes del contrato declarado nulo y de los efectos de las cláusulas y prácticas abusivas impugnadas, hasta el último pago realizado; más los intereses legales y procesales y el pago de las costas del pleito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, que compareció y se OPUSO.

TERCERO.- A continuación se señaló día para la Audiencia Previa, llegado el día comparecieron las partes, no habiendo acuerdo, se fija el hecho controvertido y se propone y admite prueba consistente en documental, y no siendo necesaria la celebración de vista, quedaron los autos sobre mesa judicial con el resultado que obra en el acta fijada en soporte audiovisual.

1

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora alegaba, como fundamento de sus peticiones que, en fecha **15 de febrero de 2019**, se ofreció a la actora la contratación de la tarjeta de crédito de pago aplazado **tarjeta Ikea**, por el comercial que se encontraba en el centro comercial de Ikea. No se le explicaron las condiciones económicas de la tarjeta, le solicitaron sus datos personales, que constan en el contrato y se le hizo firmar en una Tablet. Se convino un contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado y tipo revolvente. En atención a la reciente jurisprudencia la actora reparó que en sus pagos los intereses no repercutían como se le habían dicho al contratar. Por ello el día 29 de marzo de 2022, envió una reclamación previa al servicio de Atención al Cliente de Caixabank, dejando constancia de su disconformidad con el tipo de interés por considerarlo usuario, impugnando costes y cargos repercutidos y solicitando la documentación acreditativa de la relación contractual. Esta reclamación previa fue respondida por la entidad en el sentido de no aceptar la solicitud efectuada, pero aportando parte de la documentación requerida que se aporta como documento 3

Con relación a la TAE del contrato, el interés era del 25,59% y se operaba con un límite de crédito de 1800 euros.

En cuanto al examen de la transparencia de las condiciones económicas, la venta del producto se realizó mientras la actora se encontraba realizando sus compras en el centro de Ikea. El comercial no le explicó las condiciones económicas de la tarjeta y no pudo tener posibilidad de leer el contrato antes de su firma y no le fue entregada copia del contrato hasta después de realizar la reclamación extrajudicial. De modo que no tuvo acceso, porque no se le entregó la copia del contrato, ni las condiciones generales. El contenido económico del contrato estaba mezclado. No se explicaba de modo distintivo la amortización del crédito de tipo revolvente. El contrato tenía una extensión desmesurada, se firmó sobre un dispositivo electrónico, sin ver las condiciones con un puntero de plástico y en un pequeño recuadro. La firma en el contrato ha sido pegada electrónicamente. Falta la advertencia del tipo de producto del que se trata y las diferencias con el producto normalizado. Existen defectos que impiden la comprensibilidad, no se informa de la amortización no equivalente, no se advierte de la posibilidad de

capitalizar intereses (anatocismo), no hay un ejemplo de la amortización inicial. No hay un ejemplo del plazo de amortización. No existen comparativas del interés TAE. Las remisiones a anexos y otras cláusulas, supone una disgregación del conocimiento global de su funcionamiento y la información publicada en el portal web de la empresa es insuficiente, no ofrecía la información complementaria del precio, ni ejemplos del coste real, ni se remitieron al cliente vía email informaciones complementarias. La información es insuficiente, se comercializó de forma agresiva y centrada exclusivamente en la flexibilidad de la cuota y la inmediatez de disponer el dinero, sin ofrecerse de forma complementaria, por email, carta o por web, y los comerciales que intervinieron no estaban formados sobre el producto, además el contrato no advierte del efecto que tendrán las variaciones unilaterales de las condiciones del contrato.

En segundo lugar, consideraba que habría declararse la nulidad por usura, argumentando en base a la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo del 2020, dado que la TAE del contrato era del 25,59%.

En cuanto a las condiciones generales, alega que las cláusulas hoy impugnadas son abusivas, tratándose de condiciones generales de la contratación. Esto es, la comisión de impagados, gestión de recobro por la que se establece una cláusula automática de comisión por este concepto de 3 euros, condición general 17, y la cláusula de interés moratorio que establece una cláusula de interés de dos puntos adicionales al interés aplicable, es decir 27,59%, condición general 18.

Existiendo reclamación previa a la interposición de la demanda solicitaba la condena en costas

La entidad demandada se opuso a la pretensión instalada frente a ella, alegando que el contrato de la tarjeta de crédito superaba el control de transparencia, dado que se complementaban los 3 elementos relevantes, la publicidad, la información precontractual y las diferentes modalidades de contratación y el contrato. Los datos figuran en la página web de la entidad y si en la publicidad no se concreta la TAE, pues va variando según el momento de la contratación, sí se fija de forma meridiana el concepto de la TAE y su funcionamiento. Todo el proceso de contratación de tarjetas va precedido de la entrega de la Información Normalizada Europea al cliente y la necesidad de que el cliente configure las concretas condiciones financieras, modalidad de pago aplazado, plazos y pagos mensuales mínimos. Se incluyen en ejemplos y simulaciones del funcionamiento y carga económica de las tarjetas, y se recoge el derecho del usuario de desistir libre y gratuitamente del contrato en un plazo de 14 días desde su suscripción. En el contrato figuran las condiciones particulares, las modalidades del pago, la TAE, en la cláusula 5 de las condiciones generales figura cómo se calcula la TAE para cada una de las modalidades de pago de las que se dispone el cliente. En cuanto a la fase de ejecución en las tarjetas de crédito existen diversas modalidades de pago, el pago diferido a final del mes y sin intereses y el pago aplazado con intereses que se recogen en el contrato en las condiciones

particulares y también en el apartado de las condiciones generales y específicas de la tarjeta punto 2.

El interés pactado no es usurario. Fundamenta sus alegaciones en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo del 2022. Según las estadísticas del Banco de España, a fecha del contrato el tipo de interés medio de las tarjetas de crédito TEDR se situaba en torno al 19,67% y el tipo previsto en el contrato TAE es del 25,59% lo que supone un incremento medio de un 29,69%, lo cual es inferior al incremento del 34%, previsto en la sentencia de 4 de marzo de 2020. Añadía que los intereses son propios y singulares en cada disposición, de modo que, en su caso, existían periodos en los que el tipo de interés no podía considerarse usurario. Exponía que en septiembre de 2020, en ejercicio de la Facultad de modificación de condiciones de la ley de Medios de Pago, Real Decreto ley 19/2018, de 23 de noviembre, se comunicó al usuario que su contrato iba a ser actualizado, estableciéndose nuevas condiciones más ventajosas, bajando el tipo de interés aplicable por pago aplazado a un 10,43% y al 23% TAE, para el resto de las modalidades de pago. De modo que existen periodos en los que el tipo de interés no puede considerarse usurario. Solo podrían declararse usurarios los intereses aplicados hasta octubre de 2020. Con relación a la falta de acreditación del pago de los intereses que se reclaman argumentaba que Caixabank únicamente conserva los extractos de las tarjetas de crédito por un periodo de 6 años, en cumplimiento con el artículo 30 del código de Comercio.

Con relación al control de abusividad de la comisión por reclamación de cuota impagada, no cabe efectuarlo, ya que se trata de un elemento esencial del contrato, como es el precio de la comisión. Subsidiariamente para el caso de entender que tal control es posible, la cláusula de comisión por reclamación de vencimiento por impago, no es abusiva ni desproporcionada, ya que siempre responde a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, los gastos realizados por la entidad para la gestión de las reclamaciones de las cantidades impagadas por los por el ahora demandante. No existe duplicidad de comisiones, pues la cláusula de intereses moratorios y la comisión por impago obedecen a causas distintas. Con relación a los intereses de demora, el interés de demora es válido y consta con toda claridad en la cláusula 18, de manera que se han cumplido los requisitos legales de transparencia.

La nulidad del contrato conllevaría la devolución de las prestaciones recíprocas (capital pendiente/intereses cobrados) y realizarse una compensación de importes entre las cantidades que debe restituir y aquellas que le deben ser restituidas.

Solicitaba el dictado de sentencia que:

1.- DESESTIME INTEGRAMENTE LA DEMANDA PRESENTADA, absolviendo a su mandante de todos los pedimentos planteados por la actora y con expresa condena en costas a la parte actora.

2.- SUBSIDIARIAMENTE PARA EL EVENTUAL CASO DE QUE SE DECLARE USURARIO EL TIPO DE INTERÉS PACTADO, la estimación de la demanda sea parcial declarando la validez parcial del contrato desde octubre de 2020, declarando así mismo que no procede la devolución

de cantidades por no darse los requisitos necesarios para una condena a la devolución de cantidades abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al amparo del 394.2 LEC.

SEGUNDO.- La parte actora ejercita la acción de nulidad del contrato de la tarjeta de crédito al considerar que los intereses remuneratorios pactados son usuarios. Dicha pretensión se actúa con carácter subsidiario a la solicitud de declaración de nulidad por falta de transparencia.

Dada la acción que se ejercita, se considera que el orden adecuado será, en primer lugar, resolver sobre la nulidad del contrato por usura. Y ello porque la declaración de nulidad del contrato determinaría consecuencias que repercutirían inexcusablemente en la valoración de las pretensiones de declaración de nulidad de cláusulas por no superar el filtro de transparencia y por abusivas las cláusulas y las prácticas. A ello se añade que la cláusula de interés remuneratorio puede ser transparente y, sin embargo, el interés ser usurario.

La actora ejercita la acción de nulidad. Solicita que se declare la nulidad del contrato de tarjeta de crédito celebrado entre las partes, de fecha 15 de Febrero de 2019, por **usurario**, aportado a autos.

Sobre la caracterización de la tarjeta revolving, como se indica en Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 3 de diciembre de 2013. "las tarjetas de crédito son aquellas que facilitan la función de pago o cumplimiento de las obligaciones de dinero contraídas con las personas que prestan un servicio o venden bienes mediante la concesión de un crédito al titular de las mismas; en unas ocasiones se trata de tarjetas emitidas por empresas cuyo objeto principal es la emisión y gestión de las mismas (por ejemplo Diner's Club o American Express) y en otras se trata de tarjetas emitidas por entidades de crédito o gestionadas por éstas, siendo la entidad titular de la denominación otra empresa (por ejemplo Master Card o Visa, esta último es la que nos ocupa en la presente) La Comunicación de la Comisión al Consejo CEE de 12 enero 1987 entiende que "una tarjeta de crédito es una tarjeta que permite que su portador se beneficie de una línea de crédito que le permita comprar bienes y servicios hasta un límite preestablecido (derivado de un acuerdo entre el emisor y el poseedor de la tarjeta).Debemos señalar que ya hablemos de un contrato de cuenta de crédito mediante tarjeta , un contrato de tarjeta de débito o un contrato de tarjeta de compra, en todos los casos hablamos de la existencia de un contrato, en su mayor parte atípicos, sometidos a condiciones generales, consensuales, bilaterales, y de ejecución continuada.."

Por lo que respecta a las tarjetas revolving la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 11/11/2020 dice " Las tarjetas revolving , como las que nos ocupan, funcionan de un modo similar a las tarjetas de crédito, si bien, a diferencia de éstas (en que el importe total pagado se adeuda en la cuenta del cliente

de una sola vez), permiten el cobro aplazado mediante el pago de una cuota fija, o de un porcentaje de la deuda, de modo que el importe de lo pagado vuelve a formar parte del crédito disponible (por eso se llaman revolving). Sobre el capital dispuesto se aplica el interés estipulado. Mediante estas tarjetas, se dispone de un crédito concedido por la entidad emisora, con un límite determinado; el cliente, mensualmente, abona la cuota fija establecida o un porcentaje del saldo pendiente, que comprenden, en ambos casos, una parte de principal, los intereses y las comisiones que procedan, según lo estipulado."

En el presente caso, no es hecho controvertido que las partes celebraron el contrato de tarjeta de crédito modalidad revolving, constando en las actuaciones únicamente la solicitud firmada de fecha 15 de febrero de 2019.

En cuanto a las operaciones únicamente se ha aportado la liquidación correspondiente a octubre de 2020 a noviembre de 2020 por un saldo de 105,45 €

Los intereses pactados en el contrato, suponen un TAE **25,59%**.

TERCERO.- La actora ejercita la acción de nulidad por usura, alega que el contrato establece un interés remuneratorio es contrario a la Ley Azcarate pues es del **25,59 TAE**.

No cabe considerar como argumenta en la contestación a la demanda la entidad que, desde octubre de 2020, al haberse reducido el tipo de interés, no tendría en su caso la consideración de usurario dicho interés, al haber operado una novación del contrato. De modo que la nulidad que en su caso pudiera declararse por ser el interés usurario, no alcanzaría a las prestaciones cumplimentadas a partir de octubre de 2020. No se comparte dicha conclusión y ello porque, de declararse nulo el contrato por ser el interés usurario, la nulidad es radical y afectaría a todo el contrato. Debiendo destacarse además que la aplicación del interés reducido se realizaría sobre una cantidad a la que se han incorporado las devengadas anteriormente.

El Tribunal Supremo se ha referido a la diferente naturaleza de los intereses moratorios respecto de los remuneratorios afirmando que los primeros no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, añade el Alto Tribunal, *"no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa el daño que ha recibido el acreedor, como para constituir un estímulo que impulse al obligado al cumplimiento voluntario ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora."* (STS 2 de abril de 2001).

También es reiterada la doctrina sobre la aplicación de la ley de usura a los intereses remuneratorios y no así a los moratorios. En el primer caso, de prosperar la declaración de usurario se produciría la nulidad del contrato, con los efectos contenidos en

la ley de usura. En el segundo caso podrá solicitarse la nulidad de los mismos en base a su abusividad y la ley de protección al consumidor y la consecuencia sería la nulidad no del contrato sino de la cláusula que los contiene.

Efectivamente, establece el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1.908, en cuya virtud "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 o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa o de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 25/11/2015 fijó el criterio definitivo: " la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito « sustancialmente equivalente » al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio, 113/2013, de 22 de febrero, y 677/2014, de 2 de diciembre.

3.- A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación e 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».

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de "unidad" y "sistematización" que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario , que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley."

Por tanto la nulidad del préstamo basado en la ley de Azcárate solo podrá operar si se dan "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»., siendo la carga de la prueba de aquel que lo alega, en este caso la parte demandada.

Centrándonos en el estudio por ello de carácter notablemente superior al normal de dinero y desproporcionado, de nuevo en este aspecto existe una doble interpretación en orden a cual debe ser considerado interés normal del dinero a efectos de efectuar la correspondiente comparación para valorar si es notablemente superior el pactado.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis en numerosas sentencias del TS, debiendo reseñarse, por su cercanía temporal y supuesto analizado, **la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 04/03/2020**, "Decisión del tribunal (III): la determinación de cuándo el interés de un crédito revolving es usurario por ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. **La cuestión fue nuevamente objeto de pronunciamiento en la sentencia de 4 de octubre de 2022**. STS, Sala de lo Civil, núm 643/2022, de 4 de octubre de 2022, recurso: 2108/2019. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres, y más recientemente en **la sentencia del Pleno de fecha 15 de febrero de 2023**, que lleva a cabo una exposición pormenorizada de pronunciamientos anteriores: Determinación del carácter usurario de los intereses pactados en una tarjeta revolving contratada con anterioridad a las estadísticas desglosadas por el banco de España. Diferencia entre TAE y TEDR. El interés es notablemente superior si la diferencia entre el tipo medio de mercado y el pactado supera los 6 puntos porcentuales.

La última sentencia reitera que el índice que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés pactado es notablemente superior al normal es la tasa anual equivalente (TAE) y que la comparación ha de hacerse con el interés medio aplicable en el momento de la contratación a la categoría que corresponda a la operación cuestionada.

Para los contratos suscritos después de que el boletín estadístico del Banco de España desglosara el tipo de créditos revolving (junio de 2010), el parámetro de comparación es el interés medio publicado en cada momento.

La Sala advierte que el interés analizado por el Banco de España en el boletín estadístico es el TEDR (tipo efectivo de definición restringida) que equivale al TAE sin comisiones. Por ese motivo, el interés publicado es ligeramente inferior al TAE y puede ser complementado con las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. Esta diferencia ordinariamente no será muy

determinante para apreciar la usura porque se exige que el interés pactado sea notablemente superior al normal de mercado, no basta con que sea meramente superior.

El objeto del recurso se centraba en la determinación de cuál era el interés normal de mercado referido a los contratos de tarjeta revolving en el año 2004, época en la que no existían estadísticas desglosadas del Banco de España. La Sala resuelve:

1) Para identificar cual es el interés normal de mercado para las tarjetas revolving contratadas en la primera década de este siglo, como regla general ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo, que es la desglosada por el Banco de España en 2010.

2) A falta de un criterio legal sobre el margen superior aceptable para no incurrir en usura, ante las exigencias de predecibilidad en un contexto de litigación en masa, el tribunal establece el siguiente criterio:

En los contratos de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, el interés es notablemente superior si la diferencia entre el tipo medio de mercado y el pactado supera los 6 puntos porcentuales.

El Banco de España no publicó un apartado concreto para las tarjetas revolving hasta el año 2017, cuando incorporó el desglose de esta concreta modalidad, y empezó a ofrecer la información pertinente desde junio de 2010, fecha de entrada en vigor de la Circular 1/2010, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras.

Fue en la posterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo, cuando se discutió directamente si la referencia a tomar en consideración para fijar cuál es el interés normal del dinero era el interés medio de las operaciones de crédito al consumo en general o el más específico de los créditos revolving. El contrato era de 2012 y el interés inicialmente pactado era del 26,82% TAE, que luego se incrementó al 27,24% TAE.

Esta sentencia abordó esta cuestión y declaró que para la comparación debía utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de la celebración del contrato, que correspondiera a la operación crediticia cuestionada, en concreto la tarjeta de crédito revolving.

La sentencia más reciente, la núm. 643/2022, de 4 de octubre, resuelve un caso en que el contrato era de 2001, cuando no existía una estadística específica de referencia en las tablas del Banco de España, y el interés remuneratorio pactado era el 20,9% TAE.

Esta sentencia, primero reitera la doctrina expuesta en las sentencias anteriores, de que «la referencia del “interés normal del dinero” que ha de utilizarse para determinar si el interés remuneratorio es usurario debe ser el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en estos casos el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España». Y apostilla que, si existen

categorías más específicas dentro de otras más amplias, debe utilizarse la más específica, la que presente más coincidencias con la operación crediticia cuestionada, pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

Y luego, al aplicar esta doctrina al caso concreto, partiendo de la información acreditada en la instancia, concluye que la TAE pactada en el contrato (20.9%) no era superior al normal del dinero. En relación con la determinación de este punto de comparación, la sentencia realiza el siguiente razonamiento:

«Aunque en el año 2001 no se publicaba todavía por el Banco de España el tipo medio de las operaciones revolving, el tipo medio de productos similares era superior a la citada cifra. Los porcentajes a que se refiere el recurso de casación no son correctos, porque se refieren a créditos al consumo y, como hemos dicho anteriormente, es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving, como las tarjetas recargables o de las de pago aplazado, que en la fecha de celebración del contrato tenían un interés medio del 24,5% anual y en la década 1999/2009, osciló entre el 23% y el 26%; en todo caso, siempre en un rango superior al interés pactado en el caso litigioso».

CUARTO. Desestimación del recurso

1. Lo que se plantea ahora tiene que ver precisamente con la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito revolving en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito revolving.

A la vista de la jurisprudencia mencionada está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad revolving del año 2004 ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE, que en este caso no hay duda de que era del 23,9%. Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.

2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.

Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la

posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea «notablemente». El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE.

3. Respecto de los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose específico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como declaramos en la sentencia más reciente 643/2022, de 4 de octubre, en que se cuestionaba un interés del 20,9% TAE, en un contrato de 2001, «es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving».

Con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010. Según el boletín estadístico el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32%. **Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos).** Por lo que podemos partir de forma orientativa del índice de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE.

4. Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero.

La ley española no establece ninguna norma al respecto. El art. 1 de la Ley de Usura, al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado («notablemente»), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.

Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la

justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.

Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.

Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.

... En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.

5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20%, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación”.

En el supuesto analizado se constata que el interés TAE pactado era de 25,59%. Dicho interés, en aplicación del criterio del Pleno del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2023, es usurario. Y ello al estimar que el interés normal sería, según la Tabla 19.4.7, del Banco de España, para Febrero de 2019, del 19,87 % que, incrementado en 20 o 30 centésimas, supondría un interés del 20,07%, o un interés del 20,17%.

Habiéndose pactado el interés del 25,59% no se superan, por lo tanto, los 6 puntos porcentuales. Siendo esto así, el interés pactado no es usurario, por lo que no cabe declarar la nulidad del contrato por este motivo.

CUARTO.- Se interesa la nulidad del contrato por no superar el doble filtro de transparencia, y subsidiariamente, que se declare la nulidad por abusividad de la comisión por impago y gestión de recobros, y la cláusula de interés moratorio o penalización superior en 2 puntos al remuneratorio.

El TS sobre la valoración de abusividad de una CCGC que defina el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución de los servicios o bienes, desde la STS 241/2013, se ha exigido el previo doble control o juicio de transparencia (incorporación y transparencia material), sean éstos más exigentes como en la referida sentencia o más laxos como en la reciente STS 669/2017 (IRPH), y sólo entonces, constatada la falta de transparencia, se abrirá la puerta al juicio de abusividad.

En este procedimiento no es discutida la condición de consumidor del demandante. La STS de 4 de marzo de 2020 argumenta

que 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.

Sobre el control de incorporación, en la práctica, como viene reiterando la jurisprudencia (SSTS de 28 de mayo de 2018 , 25 de enero de 2019 y 15 de enero de 2020 , entre otras), se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley : la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del artículo 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración.

Al respecto, la STS de 9 de mayo de 2013, a la que sigue, entre otras, la de 28 de mayo de 2018, consideró suficiente para superar este control 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 o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

Para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

La sentencia de la AP de Oviedo, Sección 6ª, ECLI:ES:APO:2022:1, Cendoj: 33044370062022100001, de fecha: 24/01/2022, N° de Recurso: 471/2021, N° de Resolución: 19/2022, Procedimiento: Recurso de apelación, argumenta:

“SEGUNDO.- La Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, prevé en su artículo 5 que estas pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Se trata del primer filtro de inclusión o incorporación, pues es obvio que solo puede consentirse válidamente aquello que ha sido conocido previamente y a tal fin la Ley se cuida de asegurar que el

profesional o empresario que pretenda que el contrato se rija por las condiciones generales predispuestas facilite al cliente un ejemplar de dicho condicionado con la debida antelación para su estudio y aceptación o rechazo una vez debidamente informado.

El Tribunal de Justicia ha destacado a este respecto la importancia fundamental que para el consumidor tiene disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración porque habitualmente el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (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 50 y sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C 452/18, EU:C:2020:536, apartado 47 y jurisprudencia citada).

Ha de analizarse si se han observado las exigencias de transparencia e inclusión previstas en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor.

La STS de 20 de enero de 2020, con cita de precedentes, hace un resumen del alcance de este control de inclusión y transparencia formal, argumentando que mediante el control de incorporación se ha de comprobar que la adhesión del consumidor ha tenido lugar con unas mínimas garantías de cognoscibilidad del contenido de las cláusulas del contrato. Esto es, que, art. 5 de la LCGC: Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando se acepta por el consumidor su incorporación al contrato y esté firmado por todos los contratantes, en todo contrato ha de hacerse referencia a las condiciones generales incorporadas, no habrá aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando no se haya informado expresamente al consumidora sobre su existencia y no se le haya entregado un ejemplar de aquellas, la redacción de las cláusulas generales ha de realizarse bajo los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En relación a la cláusula de intereses remuneratorios en el presente caso no se supera el segundo de los controles. En la información ofrecida en la página web de la entidad, Plan de Financiación cuentas de crédito, se expresa únicamente el TIN mensual y el TAE 29,59% y el límite de crédito autorizado, €1800. En cuanto a la ficha de Información Normalizada Europea entregada al demandante, se exponen las principales características del producto. En cuanto a los costes del crédito, el ejemplo en cuanto al TAE se limita a exponer que para un crédito, el pago de una cuota constante, sin comisiones ni gastos asociados, a un tipo de interés nominal del 9%, la TAE resultante será del 9,38%. Las condiciones particulares del contrato son una reiteración de la publicidad que figura en la página web de la entidad, añadiendo, en cuanto a los intereses ordinarios apartado 5, una exposición en la que no figura ningún ejemplo y sí fórmulas matemáticas de cálculo.

Por lo expuesto, debe estimarse la acción de nulidad que por falta de transparencia de la cláusula de intereses remuneratorios.

QUINTO.- Con relación a las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses remuneratorios por falta de transparencia, hay que partir de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 que argumenta.

"Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341 (TJCE 2013, 145), apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)"

En el presente caso, dado que se ha declarado la nulidad de la cláusula que fija los intereses remuneratorios, se considera que el contrato de tarjeta de crédito no puede quedar sin intereses remuneratorios, pues no es un préstamo con un periodo de duración concreto. Así, el art. 9-2 de la LCGC (RCL 1998, 960) señala que "la sentencia estimatoria, en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el art. 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 C.C. (LEG 1889, 27)", especificando el artículo 10 que esa declaración no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, criterio del art. 6 de la Directiva 93/13.

Ahora bien, dicha subsistencia no parece acorde con la naturaleza del presente contrato de tarjeta de crédito revolving, el cual no es un préstamo con duración prefijada, por lo que no sería razonable permitir seguir disponiendo de crédito sin satisfacer remuneración alguna, ni sería admisible que el tribunal conformara el negocio jurídico señalando el interés remuneratorio. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 510/21, sección 28ª, de fecha 17 de diciembre de 2021, recaída en el recurso de apelación nº 670/20:

...El régimen jurídico de control de condiciones generales de la contratación introduce en Derecho privado español una figura

especial, como es la de la nulidad parcial del contrato, a diferencia de lo que se establece como regla general en Derecho civil para el caso de carencia de alguno de los elementos estructurales del negocio jurídico contractual, consentimiento, objeto y causa, art. 1.261 CC , donde lo previsto en la nulidad del contrato mismo, art. 1.300 CC . Ese mismo efecto, el de la completa nulidad del contrato, se da también ante la infracción de determinadas previsiones especiales, art. 6.3 CC , como son la carencia de formas especiales ad solemnitatem, o de supuestos de repudia de determinados acuerdos, como los intereses usurarios.

Por tanto, en esta materia particular de condiciones generales de la contratación el principio que se sigue es el de conservación del contrato, pese a la nulidad de una o varias condiciones generales del mismo, arts. 9.2 y 10.1 LCGC. De esta manera, la relación obligacional continuará vigente entre las partes, pero sin el contenido contractual que venía dispuesto en las estipulaciones anuladas y expulsadas por ello de esa relación jurídica.

Es más, como consecuencia del resultado que ofrece esa nulidad parcial respecto del conjunto de la reglamentación contractual que sigue vigente entre las partes, puede presentarse una alteración de los equilibrios ya jurídicos, ya prestacionales o económicos, que habían sido pergeñados originalmente al celebrar el contrato. Pese a ello, el tribunal no está facultado para integrar el contenido obligacional que deriva del contrato anulado parcialmente, colmando las lagunas que resultan de la expulsión de las condiciones generales anuladas, ya que ello busca erigirse en un desincentivo para que los adherentes se abstengan del empleo de cláusulas expuestas a posibles anulaciones bajo el control de condiciones generales de la contratación, vd. SsTJUE de 14 de junio de 2012, ap. 65, a. Banco Español de Crédito (c-2012/143); de 30 de abril de 2014, ap. 77, a. Kasler (c-2013/26) ; y más recientemente, de 26 de marzo de 2019, ap. 58 (c-2017/70)".

No obstante lo anterior, nada impide que la declaración de nulidad que solo afectaba inicialmente a una estipulación del contrato, derivada de su sometimiento al control propio de condiciones generales, irradie a toda la validez del contrato mismo, cuando se observe que, pese a aquella vocación de pervivencia de la relación jurídica contractual, la misma no puede subsistir una vez extraído el contenido obligacional que soportaba la estipulación expulsada. Así, el ya citado art. 9.2 LCGC señala que "La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ". De nuevo, ello se recoge al normar específicamente los efectos de la nulidad o no incorporación de condiciones generales de la contratación, al establecer el art. 10.1 LCGC que "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones

generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia". Y esta misma regla se repite en el art. 83 TRLGDCyU, cuando la nulidad por abusividad afecta a adherentes que gocen del carácter de consumidor en la contratación de que se trate".

Por tanto, ha de atenderse al concreto contenido de la estipulación expulsada del contrato y a la naturaleza misma de dicho contrato para determinar si se estará solo ante una nulidad parcial del negocio jurídico, afectante solo a la cláusula señalada, o ante una nulidad completa de ese contrato, por irradiación de lo que, en principio, era solo una nulidad parcial.

Se examina si los intereses remuneratorios representan un elemento esencial en la clase de contratos ante la que nos encontramos:

El contrato de tarjeta de crédito se define como aquel por el cual el acreditante, o entidad bancaria, concede la posibilidad al acreditado, cliente, de disponer de dinero a crédito, dentro de determinados límites, tanto en compras en establecimientos comerciales como en obtención de numerario en cajeros automático, a través del empleo de un soporte material, la tarjeta, con cuya presentación se hará efectiva la concesión de crédito (vd. Broseta Prat y Martínez Sanz, Valencia, 2019). Con ello, surgen las obligaciones principales, no únicas, del banco de emitir y entregar la tarjeta y conceder el crédito a demanda del cliente, dentro del límite máximo pactado, y por parte del acreditado, las de restitución del crédito efectivamente dispuesto y pago de los intereses pactados. También se señala por la doctrina mercantilista que se suele tratar con contratos de duración indefinida que establecen límites máximos de disposición de crédito dentro de determinados periodos temporales, generalmente, mensuales, con la posibilidad a favor del prestatario de reintegrar el crédito realmente dispuesto en una pluralidad de cuotas mensuales, no solo de una vez al término del periodo de disposición donde se usó del crédito concedido. De ello dependerá, además y generalmente, la aplicación de determinados intereses remuneratorios a favor de la entidad acreditante. No consta que el contrato de tarjeta celebrado entre WIZINK BANK SA y en este supuesto se aparte de aquellos rasgos descritos de este tipo de contrato.

Por otro lado, como señala la doctrina, la instrumentalización de la dinámica contractual en torno a la emisión y utilización de una tarjeta, no separa en demasía esta clase de contrato de la clásica operación bancaria de activo que es la concesión o apertura de crédito (vd. Vega Serrano, Madrid, 2011), con la que comparte una misma finalidad esencial, la de dotar al acreditado de la posibilidad de disposición de dinero a crédito, a su demanda y dentro de un máximo preestablecido, para asumir la obligación de devolución exclusivamente sobre la suma efectivamente dispuesta. En lo ahora relevante, puede señalarse que esta clase de operación bancaria de activo se diferencia del préstamo, también operación de dicha clase, en que el acreditado no recibe un montante determinado

de dinero, generalmente, en el momento de celebrar el contrato, el cual se obliga a devolver en cuotas a lo largo del plazo de amortización prefijado. A diferencia de ello, en la apertura o concesión de crédito, el cliente no recibe suma inicial alguna, ni en todo ni en parte, sino tan solo la posibilidad de ir disponiendo a su discreción de las cantidades que precise, dentro del máximo pactado en el contrato. A ello se añade, en el caso del contrato de tarjetas de crédito, que el contrato suele tener una duración indefinida, con vocación de permanencia en el tiempo.

Estos dos últimos rasgos, el propio de los contratos de concesión de crédito y el particular del de los de tarjeta, conduce a entender que la contraprestación a favor del acreditante, el interés remuneratorio aplicable a las sumas realmente dispuestas a crédito por el acreditado constituye un elemento esencial de esa clase de contrato, configurado de manera natural y necesaria como oneroso. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con el préstamo, en el contrato de tarjeta de crédito, de un lado, depende de la decisión del acreditado el obligar al banco a continuar proveyendo en el futuro de disponibilidad inmediata a ese cliente, a hacerlo en la suma que decida, dentro del límite pactado, y a hacerlo, normalmente, con aplazamiento en cuotas del deber de devolución de la suma que se ha decidido disponer por el cliente, y ello, de otro lado, de manera indefinida hasta que pudiera presentarse eventualmente una causa de resolución contractual, lo que incrementa los riesgos de la entidad bancaria en la operación, al exponerse a las circunstancias que a lo largo del tiempo pudieran influir en la solvencia de su cliente.

Por ello, ese servicio financiero, a la carta y de duración indefinida, dentro de la tipología de los contratos bancarios, solo tiene sentido jurídico si se concibe como un contrato oneroso, donde la disponibilidad de crédito otorgada al cliente ha de tener contraprestación en la remuneración satisfecha a favor del banco. Por ello, cuando esa clase concreta de relación jurídica obligacional pierde la onerosidad que le es propia, queda sin causa jurídica, art. 1.274 CC, y esa carencia debe generar la nulidad misma del contrato.

Establecido lo anterior, y en relación con las especialidades impuestas por la normativa sectorial de consumo, se realiza la siguiente observación: Ha de recordarse que se está ante la contratación realizada por una persona en calidad de consumidor, por lo que le resulta de aplicación el régimen tuitivo propio de esa clase de adherentes. De entrada, como ya se señaló, también el art. 83 TRLGDCyU admite expresamente que, en casos de nulidad de la condición general de que se trate, y pese a contemplar la regla general de la nulidad parcial del contrato, pueda esa consecuencia terminar por general la nulidad completa del contrato, si "no puede subsistir sin dichas cláusulas". Pero además de ello, ha de observarse una especial prevención en el supuesto de los consumidores, consistente en que la nulidad completa del contrato no ofrezca como resultado final un grave o desproporcionado perjuicio para el consumidor, que derive de la necesaria

liquidación de la relación jurídica que existió por el contrato ahora anulado. Para ello, se ha de estar a la situación resultante que presente esa liquidación. Así, la STS nº 608/2017, de 15 de noviembre (RJ 2017, 4730) , ap. 53, señala que "La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , apartados 83 y 84)".

Por ejemplo, en el caso de la nulidad de determinadas cláusulas de un préstamo, si ello se extendiese a la nulidad del contrato mismo, podría abocar al consumidor a tener que devolver de manera inmediata, sin el beneficio del aplazamiento, el total de la suma prestada, lo que generaría un perjuicio evidente para su posición.

Pero ese efecto no se observa en el caso de la nulidad del contrato de tarjeta de crédito aquí debatido, ya que lo único que deriva de ello es la finalización de la relación jurídica duradera, con lo que cesa la obligación del banco de tener que seguir financiando a crédito al cliente, y, respecto de este consumidor, simplemente la liquidación del resultado de esa relación, para dar lugar a la devolución.

La regulación aplicable a este supuesto contempla como una valoración que debe hacer el propio tribunal del efecto que genere la declaración de nulidad o no incorporación de la condición general, ya limitada a la nulidad parcial, ya se extienda a la total del contrato.

El art. 10.2 LCG establece que el tribunal deberá examinar si el contrato puede o no pervivir sin la cláusula expulsada de su contenido obligacional. Se presenta así como una previsión legal que imperativamente determina el alcance que debe tener el juicio que realiza el tribunal, sobre el extremo de la pervivencia del contrato, lo que supone que dicha cuestión escape al principio de justicia rogada.

Por otro lado, ese problema sobre el alcance de la nulidad se presenta como un efecto necesario derivado de lo que ha sido objeto de debate entre las partes, la invalidez de la condición general de la contratación, efecto que consiste precisamente, en este caso, en la declaración de nulidad del contrato mismo. Es decir, la observación de este efecto jurídico, de su alcance, no es más que una derivación inmediata de aquello que las partes han establecido como objeto del proceso, a través de sus alegaciones, y resulta, además, un efecto legalmente aparejado a aquel debate determinado por las partes, vd. STJUE de 11 de marzo de 2020 (c-511/17), ap. 28 y ss., y SSTS nº 53/2020, de 23 de enero, y nº 19/2021, de 19 de enero (RJ 2021, 104).

En tal sentido, sobre la posibilidad de apreciar de oficio por parte de los tribunales la nulidad de los negocios jurídicos, por ausencia de elementos esenciales propios del contrato, como la causa contractual, se pronuncia favorablemente la jurisprudencia,

vd. SSTS de 28 de febrero de 2004 y 2 de junio de 2000. Además, en un supuesto como el presente, esa posibilidad entronca directamente con el deber de apreciar de oficio por el tribunal, en cualquier clase de proceso, la eventual nulidad de condiciones generales de la contratación, cuando las mismas fueran abusivas o no transparentes frente a consumidores, de manera que la declaración de nulidad del contrato, derivada de la nulidad de la condición general de que se trate, se presenta como una extensión natural de aquel control de oficio propio de la materia de condiciones generales.

En el mismo sentido, las SAP de Madrid, a 22 de Julio de 2022, sección 28, recurso 1109/21, y las SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de marzo de 2022, sección 3ª, recurso 76/2021. Esta última establece que a la luz del contenido contractual y de la afectación de la declaración de falta de transparencia y abusividad a una cláusula definitoria de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema revolving, su nulidad ha de estimarse que vacía de contenido el contrato en cuestión, lo que obliga a decretar la nulidad de su totalidad y, en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 1303 CC, es decir, la recíproca restitución de las cosas que hubiera sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses.

Lo anteriormente expuesto supone que declarada la nulidad de las cláusulas de intereses remuneratorios, el contrato debe ser declarado nulo por no poder subsistir el mismo sin la cláusula de intereses remuneratorios, y como consecuencia de ello, se condena a la entidad demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas por ésta que excedan del capital dispuesto, con sus intereses legales desde la fecha de cada pago indebido, de acuerdo con el artículo 1.303 del Código Civil, que desde el dictado de esta Sentencia serán los intereses por mora procesal del artículo 576 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)

SEXTO. COSTAS.- Habiéndose estimado íntegramente la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , las costas se impondrán a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por doña _____, representada por el Procurador don _____ y asistida por el Letrado don José Carlos Gómez Fernández, frente a la entidad Caixabank Payments & Consumer EFC, representada por el Procurador don _____ y asistida por el Letrado don _____, debo declarar y declaro la nulidad por falta de transparencia de la

cláusula de intereses remuneratorios, y la consiguiente nulidad del contrato de tarjeta de crédito revolving objeto de esta litis al no poder subsistir el mismo sin la cláusula de intereses remuneratorios.

Debo condenar y condeno a la demandada a restituir a la actora todas las cantidades que hubiere abonado ésta en exceso sobre el capital prestado, con sus intereses legales desde la fecha de cada pago indebido, que desde el dictado de esta Sentencia serán los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), a determinar en ejecución de Sentencia.

Con condena en costas a la parte demandada.

La anterior sentencia ha sido publicada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez que la suscribe celebrando audiencia pública en el día de su fecha, por ante mí la Secretario Judicial, de lo que doy fe.