

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 DE VALENCIA

Juicio Ordinario n° 837/2022

SENTENCIA N.º 170/2023

MAGISTRADO: Ilmo. Sr. D.

Lugar: VALENCIA

Fecha: veintiséis de junio de dos mil veintitrés

PARTE DEMANDANTE: D.

Procurador: Sr.

PARTE DEMANDADA: WIZINK BANK, S.A.

Procuradora: Sra.

OBJETO DEL JUICIO: USURA. TRANSPARENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. _____, en nombre y representación de D. _____, se interpuso demanda de JUICIO ORDINARIO contra WIZINK BANK, S.A. solicitando se dicte SENTENCIA por la que:

“DECLARE la nulidad del contrato de autos por no superar el doble filtro de transparencia. Y, SUBSIDIARIAMENTE, declare la nulidad del contrato por usura. Y SUBSIDIARIAMENTE, declare la nulidad por abusividad de

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.- Admitido a trámite el procedimiento, se dio traslado de la demanda a la parte demandada, personándose en tiempo y forma interesando la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Las partes fueron convocadas a la audiencia previa, donde la única prueba admitida fue la documental, quedando seguidamente los autos pendientes del dictado de la presente resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado en lo esencial las formalidades legales vigentes, salvo el plazo para dictar sentencia dada la situación material de trabajo existente en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora acción de nulidad de determinadas cláusulas del contrato, por abusividad de las mismas y falta de transparencia.

Igualmente ejercita la acción de nulidad del contrato de tarjeta que le vincula a la parte demandada, alegando la Ley de Represión de la Usura, por los intereses remuneratorios fijados en la tarjeta de crédito que concertó con la entidad demandada, en julio de 2000.

Por la demandada se niega el carácter usurario del interés pactado en el contrato, así como que no haya cumplido con la normativa de transparencia.

Por tanto, no se discute la relación contractual entre las partes.

SEGUNDO.- Entrando en la alegación de falta de transparencia, relativa al interés remuneratorio, ha de tener favorable acogida, y con consecuencia, la nulidad del contrato, sin necesidad de entrar a valorar otras alegaciones.

Para ello es fundamental, tener en cuenta que en el presente procedimiento se ha aportado un contrato prácticamente ilegible, y de los extractos aportados se aprecia la variación del interés aplicado, así como la opción del demandante por un sistema de pago revolvente o revolving, pese a lo que consta en el contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre, con cita de la STJUE, caso Andriuc, recuerda que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 564/2020, de 27 de octubre, que, dentro del conjunto de circunstancias que son relevantes para verificar que el consumidor ha podido evaluar, antes de vincularse contractualmente, el coste total de su préstamo, como ha señalado el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/18, desempeñan un papel decisivo, además de una redacción clara y comprensible que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada)

Igualmente, concreta la antes citada STS, núm. 149/2020, de 4 de marzo, lo siguiente:

" La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es

requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente."

La jurisprudencia ha venido distinguiendo, en el tratamiento jurídico de la impugnación de las condiciones generales de contratación, entre un control de incorporación y otro de contenido material (control de transparencia). El primero de ellos (también denominado en ocasiones control de inclusión) exige que las cláusulas contractuales no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, sino que, por el contrario, se expresen con claridad, concreción y sencillez, de manera tal que no se le prive al adherente del conocimiento efectivo de las prestaciones contractuales predispuestas e impuestas por la contraparte. Conforme al artículo 7 Ley de Condiciones Generales de la Contratación, para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa, que no hubiera existido un oscurecimiento en su explicación, ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone: *«Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez»*. En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 Ley de 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 del contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad, y que no resulte ininteligible para el consumidor, de manera tal que no se le prive al adherente del conocimiento efectivo de las prestaciones contractuales predispuestas e impuestas por la contraparte (SSTS 660/2020, de 10 de diciembre (Roj: STS 4068/2020, recurso 2181/2018); 564/2020, de 27 de octubre (Roj: STS 3473/2020, recurso 282/2018); 516/2020, de 8 de octubre (Roj: STS 3134/2020, recurso 3607/2017); 391/2020, de 1 de julio (Roj: STS 2076/2020, recurso 5062/2017); 283/2020, de 11 de junio (Roj: STS 1597/2020, recurso 4016/2017, entre otras).

En supuesto parecido al presente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 24 de febrero de 2023 indica que *“Pues bien, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, exige (artículo 5.5) que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Su artículo 7 establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:*

(a) que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5, ni

(b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplina en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 5/7/97 dijo en relación con la cuestión de la letra diminuta y en una cláusula de sumisión, lo que reproduzco a continuación:

"... En cuarto lugar, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios expone en el artículo 10 la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso.

Es claro, según lo expuesto anteriormente, que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro del concepto de condición general que define la propia ley en el artículo 10.2: a los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter general (que el artículo 10.1 impone los requisitos), el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éstas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario (como es la compradora, como destinataria final del producto, como dispone el artículo 1.2), siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

Se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales; en lo que aquí interesa debe destacarse el requisito de formulación que exige el artículo 10.1.a): concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...

Lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio.

Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo.

Asimismo, el artículo 10.1.c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el nº 3º de este apartado y entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala: sentencias de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio de 1996, 14 de septiembre de 1996, 8 de noviembre de 1996, 30 de noviembre de 1996 ...".

Por su parte la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), en sentencia de fecha 2.03.2017 señala:

" Conforme a la Directiva 93/13/CEE, artículo 4, apartado 2, : la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan

de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (apartado 191), : "el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo".

Según el artículo 4, apartado dos, de la citada Directiva 93/13/CEE , a contrario sensu, la apreciación de falta de claridad y comprensibilidad en la adecuación entre precio y contrapartida en el contrato puede dar lugar a la ulterior apreciación de la abusividad de la cláusula no negociada individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan, en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el supuesto ahora examinado las estipulaciones contractuales no son claras ni comprensibles. Para empezar, resulta imprescindible la ayuda de una lupa para poder leer las condiciones generales, están transcritas en letra microscópica, por lo que difícilmente han podido ser aceptadas por la parte prestataria.

Además, aún de un examen con lupa , determinados párrafos del contrato son de imposible lectura y la cláusula general que fija el interés remuneratorio de la línea de crédito no supera el necesario control de transparencia de un elemento esencial del contrato que permita al consumidor percibir de una manera clara cuál es la carga económica que le afecta de dicho contrato, lo cual permite examinar la abusividad de la condición general, con la consecuencia en este caso de decretar su nulidad, por abusiva."

A ello no obsta que, como indica la parte apelante, no es sino a partir de la reforma que hubo en marzo de 2014 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en que se exige en el artículo 80.1.b) que los contratos que se celebren con los consumidores tendrán que cumplir, entre otros, el siguiente requisito:

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

Ya hemos indicado que ya antes de esa reforma, el TS venía exigiendo " que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio", y esto es precisamente lo que acontece en el caso de autos en relación con las cláusulas 7 y 10 relativas a comisiones, gastos, intereses e impagos, puesto que la parte del contrato que contiene las condiciones generales del contrato de la tarjeta de crédito, claramente la letra es difícilmente legible sin una lupa o medio auxiliar y podemos afirmar que posiblemente ni con ello, y dudamos si quiera que llegue al milímetro y medio exigible y ahí es donde se supone (ni siquiera con gafas de aumento es legible) se contienen las condiciones de aplicación de las comisiones, gastos e impagos.

Lo propio hay que señalar de la regulación del interés, pues aun cuando en las condiciones particulares (legibles con dificultad) se contiene el interés aplicable a la operación encabezando el contrato con una letra algo menos diminuta pero de difícil aunque no imposible lectura, es lo cierto que las operaciones necesarias para el cálculo y las condiciones de aplicación del interés se encuentran en las condiciones generales.”.

En el presente caso, si bien no es aplicable por razones temporales el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y menos con la modificación introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, es evidente que sí debe exigirse un mínimo de legibilidad a las condiciones del contrato, y en especial a las que tienen relevancia económica.

Examinado el contrato, las condiciones económicas son de imposible lectura en su mayoría. Por lo que se estima que no supera el control de incorporación.

Y es que, de la lectura, difícil según el demandante, e imposible para este Juzgador, no puede concluirse en la existencia de una posibilidad real de la parte demandante, ni de cualquier consumidor serio, de tomar cabal conocimiento de las condiciones de la contratación.

Por tanto, y como obligada consecuencia del régimen jurídico indicado, hay que considerar nulas la totalidad de las cláusulas, y por tanto el contrato mismo.

TERCERO.- En cuanto a los efectos de dicha nulidad, y siguiendo lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de enero de 2022, debe tenerse en cuenta que, lógicamente, a cambio de la disponibilidad del crédito a través de la tarjeta contratada, el cliente debe abonar un determinado interés remuneratorio, que se constituye en el precio a pagar por la obligación que asume la entidad financiera de poner a disposición del cliente crédito hasta un límite.

En tales casos el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato ya que se convierte en la obligación fundamental del cliente. Si esto es así, el contrato no puede sobrevivir sin la existencia de tal elemento esencial, pues un contrato consensual, bilateral y oneroso no puede convertirse en unilateral y gratuito, con obligaciones solo para una de las partes, afectando igualmente a la causa del contrato.

El art. 6.1 Directiva 93/13/CEE establece que: *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.* (el subrayado es nuestro).

El art. 10.1 LCGC señala: *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 el art. 9.2 LCGC 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.*

Es decir, la sentencia que declara la no incorporación o la nulidad por abusiva de una cláusula de este tipo de contratos entre profesionales y consumidores, debe pronunciarse sobre si el contrato puede subsistir sin tales cláusulas, indicando además que no puede subsistir si afectara a uno de los elementos esenciales del mismo con remisión a los términos del art. 1261 CC que contempla como tales el consentimiento, el objeto y la causa.

La regla general en la doctrina y la jurisprudencia es la conservación del negocio, aunque se produzca una nulidad parcial del mismo. La declaración de no incorporación o de nulidad de una o varias condiciones no lleva consigo, sin más, la nulidad del propio contrato. El contrato seguirá siendo eficaz en la medida en que el mismo pueda seguir subsistiendo sin tales cláusulas y éstas no hayan afectado a alguno de los elementos esenciales del contrato según el art. 1261 CC

Sin embargo, no siempre resulta viable esa conservación. No lo es si el contenido eliminado impide la subsistencia de la relación contractual, cuando la situación resultante tras la expulsión de la cláusula no permita restablecer un equilibrio real de posiciones (derechos y obligaciones), especialmente si es en perjuicio del consumidor. En tales casos, no se permite el mantenimiento del contrato.

Sobre esta cuestión señala la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10, en los apartados 64 y 65 que:

Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».

65 *Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión 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.*

En la misma línea la STJUE de 3 octubre 2019, en el asunto C-260/18, apartados 38-40:

En este contexto, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales de los Estados miembros, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un

profesional y que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

39 *Según reiterada jurisprudencia, esta disposición, y en particular la segunda parte de la frase, no tiene por objetivo anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas, sino que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, especificándose que el contrato en cuestión debe, en principio, subsistir sin ninguna otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas. Siempre que se cumpla este último requisito, el contrato en cuestión podrá mantenerse, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que, conforme a las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sin las cláusulas abusivas sea jurídicamente posible, debiendo apreciarse esta circunstancia según un criterio objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de marzo de 2019, Dunai, C-118/17, EU:C:2019:207, apartados 40 y 51, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 57).*

40 *De lo anterior se infiere que el artículo 6, apartado 1, segunda parte de la frase, de la Directiva 93/13 no enuncia él mismo los criterios que rigen la posibilidad de que un contrato subsista sin las cláusulas abusivas, sino que deja al ordenamiento jurídico nacional la tarea de establecerlos con observancia del Derecho de la Unión, como señaló también, en lo sustancial, el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones. Así, en principio, procede examinar a la luz de los criterios previstos por el Derecho nacional, en una situación concreta, la posibilidad del mantenimiento de un contrato del que han sido invalidadas algunas de sus cláusulas.*

Sólo en alguna ocasión, el TJUE ha permitido al Juez nacional sustituir una cláusula abusiva por otra estipulación supletoria del derecho nacional. Ello sólo es posible cuando la declaración de nulidad obligue al Juez a extinguir el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias negativas. La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18, reitera esta doctrina al señalar en el apartado 61:

No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48).

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente supuesto debe llevar a la nulidad del contrato en su totalidad, ya que el mismo no puede subsistir con la supresión de parte de la obligación esencial del cliente que es devolver el dinero dispuesto con la tarjeta con los intereses

remuneratorios correspondientes, que es el precio del servicio que configura el derecho de crédito de la entidad financiera y el beneficio que obtiene con el negocio integrando el objeto y la causa del contrato.

No se está ante un supuesto en que procediera integrar el contrato respecto de las cláusulas en este caso no incorporadas, pues de la nulidad del mismo no se desprende una consecuencia especialmente perjudicial del consumidor.

Si se mantuviera la vigencia del contrato implicaría, entre otras cosas, que el consumidor podría disponer del crédito hasta el límite pactado, sin más obligación que devolver el dinero dispuesto, sin pagar precio alguno por ello, que sería el interés remuneratorio, impidiendo que la entidad financiera obtenga beneficio alguno por el servicio que presta, desapareciendo la parte del objeto del contrato que le resulta de interés y que es a la vez causa del mismo (art. 1274 CC). La obtención de este beneficio forma parte del fin objetivo e inmediato de la entidad financiera, de la función económico y social de este tipo de contratos, que tienen su singularidad y espacio en el mercado del crédito actual.

La conclusión es que un contrato de esta naturaleza no puede subsistir tras la supresión de la cláusula relativa al interés remuneratorio, no procediendo en este caso la integración de la cláusula dado que dicha nulidad no deja expuesto al consumidor, como se ha razonado, a consecuencias especialmente perjudiciales.

En sentencia de la misma Audiencia Provincial, núm. 33/2023, de 24 de enero, en relación con los efectos: *La determinación de las circunstancias derivadas de la nulidad respeta el esquema de la restitución recíproca de prestaciones derivadas de la nulidad contractual, de conformidad con el art. 1303 del Código Civil. La aplicación de las normas del artículo 3 de la Ley Azcárate establecen un efecto equivalente, obligando al consumidor a restituir las cantidades dispuestas, y al profesional lo percibido que exceda del capital prestado, restableciéndose así la situación de hecho y de derecho del consumidor, de no haber existido las cláusulas abusivas.*

De otra parte la sentencia del Tribunal Supremo 662/2022, de 13 de octubre, permite aplicar al caso los efectos previstos en el artículo 3 de la ley de la usura; en consecuencia Cetelem debe abonar al consumidor la cantidad que exceda del total de capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido, por todos los conceptos, (incluyendo las cantidades aplicadas en concepto de comisiones e intereses, cantidades que deberán determinadas en fase de ejecución de sentencia.

CUARTO.- Como consecuencia de lo expuesto es que procede la declaración de nulidad del contrato, lo que determina la innecesariedad de entrar a valorar otras cuestiones planteadas por la parte demandante.

Al declararse la falta de transparencia material de una cláusula definitoria de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema de pago revolving, procede decretar la nulidad del contrato en su totalidad y, en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.303 C.C., es decir, la *"recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y del*

precio, con los intereses", que, en este caso, comporta el abono por la entidad demandada de la cantidad que resulte de la diferencia entre las cantidades abonadas de modo global por el actor, y el capital dispuesto por éste con cargo al contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes, y para el caso en el que el capital dispuesto fuera superior a la cantidad abonada por el demandante, al pago por éste de la diferencia.

Y ello por cuanto la excepción de prescripción de la acción restitutoria alegada por la parte demandada no puede ser acogida.

En fundamentación aplicable al caso, la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 10 de junio de 2021 cuando indica que *"39 En lo que atañe, por otro lado, a la oposición de un plazo de prescripción a una acción ejercitada por un consumidor para que se le devuelvan cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, basta con recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartado 58, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 84).*

40 Por consiguiente, procede considerar que la oposición de un plazo de prescripción a las acciones de carácter restitutorio, ejercitadas por unos consumidores con el fin de hacer valer derechos que les confiere la Directiva 93/13, no es, en sí misma, contraria al principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en dicha Directiva.

41 En segundo término, por lo que se refiere a la duración del plazo de prescripción al que se sujeta 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, procede señalar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el principio de efectividad de plazos de prescripción comparables al controvertido en los litigios principales, de duraciones de tres y cinco años, que se opusieron a acciones dirigidas a hacer valer los efectos restitutorios de una declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual. Según el Tribunal de Justicia, a condición de que se establezcan y conozcan con antelación, dichos plazos son, en principio, suficientes para permitir que el consumidor interesado prepare e interponga un recurso efectivo. Por lo tanto, duraciones de tres a cinco años no son, en sí mismas, incompatibles con el principio de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartados 62 y 64, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 87 y jurisprudencia citada).

42 *En consecuencia, procede considerar que, siempre que se establezca y conozca con antelación, un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, opuesto 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, no parece que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en la Directiva 93/13. En efecto, un plazo de tal duración es, en principio, materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo para hacer valer los derechos que le confiere dicha Directiva, en particular en forma de pretensiones, de naturaleza restitutoria, basadas en el carácter abusivo de una cláusula contractual.*

43 *Sin embargo, por lo que respecta en tercer término, al inicio del plazo de prescripción controvertido en los litigios principales, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no esté en condiciones de invocar, durante dicho plazo, los derechos que le confiere la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2020, OPR-Finance, C-679/18, EU:C:2020:167, apartado 22 y la jurisprudencia citada).*

44 *En efecto, de las indicaciones facilitadas por el tribunal remitente se desprende que el plazo de prescripción de cinco años, establecido en el artículo 2224 del Código Civil, empieza a correr, según la jurisprudencia de los tribunales franceses, en la fecha de la aceptación de la oferta del préstamo en cuestión.*

45 *A este respecto, es preciso tener en cuenta la posición de inferioridad del consumidor respecto del profesional en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que lo lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartado 66 y jurisprudencia citada). Asimismo, debe recordarse que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario es abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 90 y jurisprudencia citada).*

46 *Procede señalar que un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 45; de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartado 67, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 91).*

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 y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 91).

48 *Habida cuenta de lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor:*

– *a efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, a un plazo de prescripción;*

– *a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de tales cláusulas abusivas, a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empiece a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva.”*

Por tanto, y si bien el TJUE reconoce que la acción de restitución está sometida a prescripción, a diferencia de la de nulidad, no cabe entender que el plazo de prescripción debe empezar en el momento del pago, sino en el momento en que conoce la nulidad de la cláusula, que parece que debe ser el momento en que se declara la nulidad. De tal forma, no ha transcurrido el plazo de prescripción previsto legalmente.

QUINTO.- En cuanto a las costas procesales, a la vista de lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede hacer expresa imposición de costas a WIZINK BANK, S.A..

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

FALLO

Estimar la demanda presentada por el Procurador Sr. _____, en nombre y representación de D. _____, contra WIZINK BANK, S.A. declarando la nulidad del contrato de crédito, suscrito en julio del año dos mil, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, y _____, como consecuencia de la nulidad del contrato, declarando que D. _____, como parte prestataria, estará obligado a devolver única y exclusivamente la suma recibida como principal de la línea de crédito, debiéndose restar todos los intereses satisfechos de dicho principal y que han sido efectivamente abonados por D. _____ a lo largo de la vida del contrato y desde su formalización, junto con el correspondiente interés legal de cada uno de los pagos, condenando a la entidad demandada, en su caso, y solo en el supuesto de que a la fecha de realización de la operación en ejecución de sentencia el saldo fuera favorable a la actora,

a abonar a D. a toda cantidad que, de resultar así, exceda del total del capital efectivamente prestado, tomando en cuenta de lo total lo ya percibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital, y que hayan sido abonados por la actora, especialmente las cantidades cobradas relativas a la disposición de efectivo, intereses, comisión por reclamación de cuota impagada, o cualesquiera otras comisiones bancarias relacionadas con el contrato litigioso, según se determine en fase procesal de ejecución de sentencia, más el correspondiente abono de los intereses legales.

Todo ello con expresa imposición de costas a WIZINK BANK, S.A..

mando y firmo:

Así por esta mi sentencia, la pronuncio,