

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5
MELILLA**

SENTENCIA: 00123/2021

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO (ORD) N°392/2020

SENTENCIA N°123/21

En la Ciudad Autónoma de Melilla, a 19 de julio de 2021.

Vistos por D. Miguel Ángel ***, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Melilla con competencia exclusiva en materia mercantil, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** sobre nulidad de contrato, seguidos ante este Juzgado bajo el número 392 del año 2020, a instancia de **D. ***** representado por el Procurador D. José Andrés *** y asistido del Letrado D. Francisco José Piqueras Medina, contra la entidad **BANKINTER CONSUMER FINANCE EFC S.A**, representada por el Procurador D. Joaquín ***, y asistida por la Letrada Dña. María José ***, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador D. José ***, en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario en la que tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que:

A.- DECLARE la nulidad total del contrato de tarjeta de crédito revolving de fecha 1 de septiembre de 2015, suscrito entre D. JAVIER +++ y la entidad financiera BANKINTER CONSUMER FINANCE SA, por ser sus intereses usurarios, de acuerdo con la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, o bien, la nulidad de las cláusulas que establecen el interés remuneratorio y las diferentes comisiones, por no ser válida su incorporación al contrato, y ser abusiva su aplicación, contraviniendo lo estipulado en el TRLGDCyU, LCGC y Directiva 13/93/CEE.

B.- Que, como consecuencia de las referidas declaraciones de nulidad

interesadas, se determinen las cantidades recibidas por el actor, así como las pagadas por éste por todos los conceptos, determinado todo ello a fecha de sentencia, llevándose a efecto la compensación judicial de dichas sumas,

determinando el saldo acreedor resultante y su titularidad, con obligación de la parte deudora de hacer efectivo a la acreedora, su importe, en la forma y modo que determinan los arts. 3 y 9 de la Ley de usura, Código Civil y/o normativa de consumidores citada anteriormente, lo que deberá practicarse en ejecución de sentencia, siendo la demandada quien aporte para su correcto cálculo, copia de todas las liquidaciones y extractos mensuales de la tarjeta de crédito, completos y correlativos, desde la fecha de suscripción del mismo hasta la última liquidación practicada junto con el debido desglose, en virtud del principio de facilidad probatoria, o, en su caso, mediante los extractos aportados por esta parte y los que se generen con posterioridad a la presentación de la demanda.

C.- CONDENE a la demandada al pago de las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 9 de octubre

de 2020, se emplazó a la demandada para que contestase en el plazo de veinte días, haciéndolo mediante escrito en el que se oponía a la demanda interesando la desestimación de la misma con condena en costas a la parte actora.

Tercero.- Tras una primera audiencia previa suspendida, y otra

declarada nula, en fecha 12 de julio de 2021 se celebró la audiencia previa en la que se intentó la conciliación sin éxito, se impugnaron documentos y dictámenes, y se fijaron los hechos controvertidos y admitidos.

Por la actora y la demandada se propusieron como medios de prueba la documental aportada, la cual fue admitida.

Cuarto.- No existiendo más prueba que la documental, de conformidad con lo establecido en el art. 429.8 LEC se acordó que las actuaciones quedasen concluidas para sentencia, previa elaboración en el acto de las conclusiones de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Acción ejercitada. Objeto de la controversia.

(1) Se ejercita por la parte actora una acción de nulidad del

contrato suscrito con la entidad Bankinter Consumer Finance consistente en la contratación en fecha 1 de septiembre de 2015 de una tarjeta denominada "OBSIDIANA" con la que podría disponer gratuitamente de una línea de crédito vinculada a la cuenta número ES*****49299501**** y asociada al contrato X235, señalando que no tuvo oportunidad de leer las sus condiciones generales ni conocerlas, presentándose además en un texto ilegible por el tamaño de la letra; que el contrato le fue remitido después

de la firma y pasados catorce días para ejercitar el derecho de desistimiento, y que, en todo caso, no firmó un contrato válido sino una solicitud; conforme a la condición 14, señalaba que no recibió información y asistencia previa; el interés mensual es del 26,82% TAE, muy superior al normal del dinero y claramente usurario; que se imponen a través de la misma una serie de comisiones, no negociadas, ni aceptadas, que producen claros desequilibrios para el consumidor, como la de comisión de cuota impagada, que se devenga automáticamente y es totalmente desproporcionada, la de exceso de límite, que no obedece a ningún servicio solicitado, o la de retirada de efectivo, que se devenga por un servicio que en realidad es una de las funciones que de manera obligatoria debe ofrecer la tarjeta, esto es, poder retirar dinero; que el actor ha estado realizando disposiciones a cargo de la tarjeta revolving en diversas ocasiones, hasta la cantidad de 3.713.03 €, de los que ha abonado 3.758,94 €, ascendiendo los intereses a 2.820,44 €, y el capital pendiente de amortización según información de la entidad 2.774,56 €, sin que la financiera pueda justificar la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en esta operación en concreto puesto que era conocedora de la situación financiera del actor.

(2) Frente a la acción anterior, la demandada se opone a la demanda

alegando que los actos propios de la parte demandante consistentes en el uso pacífico y habitual de los medios de pago a crédito emitidos por la entidad bancaria durante todos estos años suponen una evidente asunción de las condiciones de la tarjeta cuya nulidad se pretende de contrario; que el tipo aplicado, que por las características propias de este crédito ha de ser superior, es conforme con los tipos de interés publicados por el BANCO DE ESPAÑA para este tipo de operación, tal como consta en el Boletín Estadístico del Banco de España, por lo que el tipo pactado en el presente caso, no es “notablemente superior” al tipo de interés medio publicado por el Banco de España, sino que se encuentra dentro de los márgenes que integran este tipo medio de todas las entidades; y que declarada la nulidad del contrato los efectos serán los previstos en el art. 3 de la Ley de Usura, en ningún caso los solicitados en suplico de la demanda; que en el improbable caso de que se declarara la nulidad por abusiva/falta de transparencia de la cláusula relativa a los intereses ordinarios, los efectos no pueden ser los pretendidos de contrario, sino que tendrá que devolver el capital dispuesto y, en cualquier caso, es claro que el contrato no puede quedar subsistente; y que para declarar nula la comisión y condenar a la devolución de cantidades, primero debe identificarse la comisión y después analizar si, en el caso concreto, ha respondido o no a un servicio realmente prestado, por lo que no es posible, en el ejercicio de una acción individual de nulidad, la declaración en abstracto de una cláusula, que ni siquiera se acredita que se haya cobrado.

(3) De lo expuesto, se deriva que las cuestiones controvertidas se

ciñen a valorar si la línea de crédito o préstamo suscrito puede considerarse usurario; si las condiciones del contrato superaron el control de incorporación y transparencia (en particular, la cláusula de intereses remuneratorios); la posible aplicación de la doctrina de los actos propios a supuestos como el de la presente litis; en su caso, los efectos derivados de la posible nulidad que se decrete en el caso de estimarse alguna de las pretensiones del actor; por último, posible nulidad de ciertas cláusulas relativas a comisiones vinculadas al contrato.

Segundo.- Sobre la nulidad del contrato por usurario.

(4) Fundamenta la nulidad del contrato la representación de la actora en el hecho de que el interés aplicado es usurario, pues la TAE aplicada del 26,82% es desproporcionada y abusiva, pretensión a la que se opone la demandada alegando que el tipo de interés del 26,82% no es notablemente superior al normal del dinero.

(5) La distinta naturaleza jurídica de los intereses remuneratorios y moratorios viene siendo configurada desde antiguo por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (STS 22/10/1984), definiendo los intereses remuneratorios como contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios como aquellos que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario.

A estos efectos la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, en

sentencia de 29 de octubre de 2019, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia del TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014 (asunto C-280/13), 26 de febrero de 2015 (Asunto C-143/13), 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14) y 9 de julio de 2015 (asunto C-348/14), señala que *"los intereses remuneratorios constituyen un elemento esencial del contrato de préstamo, que no puede ser objeto de análisis de abusividad, salvo que la cláusula no sea clara y comprensible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4,2 de la Directiva 93/13/CEE"*. En consecuencia, y según recuerda la STS de 26 de octubre de 2011 (y 9 de mayo de 2013 y 25 de noviembre 2015, entre otras), que sigue en este punto la doctrina del TSJUE referente al art. 4.2 de la Directiva 13/93/ CEE, *"la apreciación del carácter abusivo de la cláusula 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 ello, el interés remuneratorio u ordinario, en cuanto que es el

precio que se paga por tomar dinero a préstamo, forma parte esencial del

contrato y, consecuentemente, la cláusula que lo establece queda excluida de cualquier control de abusividad, dado que dicho control sólo puede proyectarse sobre cláusulas no esenciales del contrato, es decir aquellas que para el caso de ser suprimidas, no afectarían a la subsistencia del contrato. Ahora bien, que forme parte del objeto esencial del contrato no significa que el interés remuneratorio se encuentre exento de cualquier control, pues, de un lado se encuentra el control de validez que resulta de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura -si es alegado por la parte en el momento procesal oportuno-, y por otro el control de transparencia que impone la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que es posible realizar de oficio. Así lo indica la STS de 25 de noviembre de 2015 cuando señala que *"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, siempre que cumpla el requisito de transparencia y la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial"*.

(6) La Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908, en su art. 8 dispone que *"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, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales"*.

El precepto se refiere a los contratos de préstamo, pero es igualmente de aplicación a los contratos de crédito, naturaleza del litigioso, puesto que conforme al artículo 9 de la misma ley, lo en ella dispuesto *"se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido"*.

La indeterminación de los conceptos *"interés notablemente superior al normal del dinero"* o *"manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso"* obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que han de tomarse en consideración las circunstancias concurrentes, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de efectuarse la comparación, a falta de norma específica que fije los porcentajes o parámetros a tener en cuenta para considerar que un tipo de interés es usurario a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno.

La STS 628/2015 de 25 de noviembre, del Pleno, contemplando un crédito revolving análogo al litigioso, fijó doctrina de aplicación al

caso, sintetizada en la reciente STS 149/2020 de 14 de marzo en los siguientes términos:

"i) 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.

ii) 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 de Represión de la Usura, 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».

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de

Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es

usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero. [...]

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés

notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que

justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico".

La misma STS 149/2020 señala (FJ 4º.1) que "*Para determinar la*

referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio".

Asimismo, defiende que la comparación se efectúe con las estadísticas

del Banco de España elaboradas con base en los datos proporcionados por las entidades sometidas a su supervisión para evitar que el "interés normal del dinero" resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control de supervisión que apliquen intereses desorbitados, y precisa que cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de "interés normal del dinero" menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura (en el caso allí contemplado el contrato era del año 2012 cuando el TAE oscilaba en torno al 20% y se consideró usurario el previsto en el contrato de 26,82 %, situado en el 27,24% en la fecha de presentación de la demanda).

(7) Como puede observarse, esta sentencia del Tribunal Supremo no

resuelve del todo el problema, pues no delimita dónde está la frontera de la usura. No ha fijado un criterio objetivo para saber en qué casos el interés de las tarjetas de crédito es notablemente superior al interés

normal del dinero y resulta desproporcionado. Sí ha despejado la polémica de la referencia a tomar cuando estamos ante tarjetas *revolving*: ha de acudir al tipo medio de tales operaciones, no al tipo medio de las operaciones comunes de crédito al consumo. Y ha aclarado también que, a efectos de usura, el porcentaje a partir del cual el interés remuneratorio pasa a ser usurario no es el mismo en las operaciones ordinarias de crédito al consumo que en los contratos de las tarjetas *revolving*. Mientras para las primeras se viene a mantener como referencia un porcentaje del 100% sobre el tipo medio (la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, hablaba del doble del interés normal del dinero), para las tarjetas tal porcentaje se descarta completamente, porque sería tanto como validar intereses del 50% o superiores.

Por último, debe recordarse que la consecuencia de la declaración del

préstamo como usurario no puede ser otra que la anulación de todo el negocio jurídico y no, de una sola de sus cláusulas, en este caso la que fija el interés remuneratorio. Así lo recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 2014 cuando dice la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley).

(8) Aplicando la doctrina anterior al caso enjuiciado, el juicio de

ponderación debe partir de los índices publicados en las estadísticas del Banco de España, pero no de los tipos medios de interés de las operaciones de crédito al consumo, sino de los específicos aplicados a las tarjetas de crédito y tarjetas revolving.

En todo caso, y al margen del porcentaje en concreto a partir del cual el préstamo podrá considerarse usurario, lo cierto es que el Tribunal Supremo en la sentencia 149/2020 que ha sido objeto de estudio, para un caso prácticamente idéntico al presente (en aquel caso, contrato celebrado el 29/05/12, en el presente el 01/09/15; y en ambos con una TAE del 26,82%), consideró usurario el préstamo por contener una TAE del 26,82 %, por lo que esa “cuasi” identidad de supuestos nos ha de llevar a la consideración de que nos encontramos también en el presente ante un crédito usurario.

Pero es que además, si atendemos a la TAE media existente a la fecha

de celebración del contrato, que es el criterio exigido por el Tribunal Supremo, del contenido de la demanda, contestación, y documentación acompañadas a las mismas (pag. 8 de la demanda y doc. nº 7, y pag. 5 de la contestación y doc. nº 8 acompañada a la misma), se desprende que existe conformidad de las partes en que el tipo medio para las tarjetas revolving

se situaba en dicha fecha en el 21,13% (en realidad es el TEDR). Pues bien, si efectuamos la oportuna comparativa con el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo en su última sentencia, obtenemos nuevamente que existe una identidad sustancial del caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en su sentencia nº 149/20 con el que es objeto de actual enjuiciamiento en cuanto a la tarjeta contratada, pues la TAE del préstamo en ambos casos en la misma (26,82%), y el TEDR a la fecha de contratación de la tarjeta (20,9% en la sentencia 149/20, 21,13% en supuesto de autos), es prácticamente idéntica o muy similar (tan solo 0,23% más alta en el supuesto de autos), por lo que ante tal identidad sustancial de supuestos, deben aplicarse inexcusablemente las mismas consecuencias jurídicas y calificar el contrato como usurario.

En todo caso indicar que si bien el Tribunal Supremo no ofrece un

porcentaje conforme al cual el interés usurario sí proporciona un elemento de referencia: cuanto mayor sea el tipo de interés medio menor desviación de la media es aceptable.

Finalmente, en cuanto a la alegación de la demandada relativa a que

el Tribunal Supremo compara la TAE, que refleja el coste total real, y, sin embargo, utiliza como referencia el TEDR, que excluye las comisiones, indicar que seguramente lo injustificable es que si las estadísticas del Banco de España se hacen con la finalidad de comparar costes, se introduzcan en las tablas los tipos TEDR y no la TAE. Pero también podemos extraer otra conclusión: si la TAE del producto enjuiciado por el TS era mayor de ese 20,9 %, la realidad es que el margen que permite el TS en este caso no es de 5,92 puntos sino menor.

Por último, en relación con tarjetas revolving de la entidad Bankinter, se pronuncian sobre el carácter usurario de dicho interés del 26,82% (TAE) constante jurisprudencia, entre la que destacan las SSAP Cáceres, Sec. 1.ª, 955/2020, de 30 de noviembre, y 924/2020 de 19 de noviembre; la SAP León, Sec. 2.ª, 320/2019, de 25 de octubre; la SAP de Asturias, Sección 7ª, Sentencia 28/2021 de 27 Ene. 2021, Rec. 372/2020; la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 4/2021 de 11 Ene. 2021, Rec. 585/2020; la SAP de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 474/2020 de 2 Dic. 2020, Rec. 491/2020; la SAP de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia 263/2020 de 3 Nov. 2020, Rec. 277/2020; o la SAP de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 440/2020 de 5 Oct. 2020, Rec. 383/2020.

A lo anterior, ha de unirse que en la presente litis no consta

tampoco circunstancia excepcional que justificase un interés tan elevado más allá de las propias características del producto financiero, o al

menos, no se han justificado que concurriesen esas circunstancias extraordinarias en el actor; todo lo contrario, a la vista de los documentos nº 8 y 9 aportados con la demanda (nóminas del actor y declaración de IRPF), parece que la situación económica del actor pudiera encontrarse dentro de lo que puede ser un consumidor medio. Pero es que incluso si existiera un mayor riesgo en el mercado de tarjetas de crédito, considera la AP de Madrid de 28 de febrero de 2017, que un interés superior al normal o medio del mercado no puede justificar una elevación del tipo de interés tan desproporcionado. Por ello, la fijación de una TAE del 26,82% es claramente desproporcionada y usuraria.

Tercero.- Nulidad del contrato por falta de incorporación y/o falta de información y transparencia (en particular, la cláusula de interés remuneratorio).

(8) De forma alternativa a la declaración del interés como usurario,

el actor solicita que se declare la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios por falta de incorporación y/o por falta de información y transparencia.

Aunque se ha estimado la pretensión relativa al carácter usurario del

interés remuneratorio, este juzgador va a analizar esta pretensión alternativa para el caso de una eventual estimación de un recurso de apelación contra la pretensión relativa al carácter usurario del préstamo.

En este sentido, señala el actor que el se encuentra redactado en una

letra minúscula, se trata de un texto a dos columnas, donde únicamente se resaltan los nombres de los apartados, de difícil lectura, en el que la parte que contiene las condiciones más relevantes se encuentra sin firma del actor. Además, no existe prueba alguna de que se le entregaran a lo largo del proceso de contratación, de que se le informara cumplidamente sobre las mismas o que existiera negociación alguna al respecto.

(9) No está de más recordar que los contratos financieros se

instrumentan a través de condiciones generales de la contratación. Por ello, la normativa reguladora de las condiciones generales y protectora de consumidores y usuarios, así la jurisprudencia que las interpreta, ha establecido el denominado doble control de inclusión y transparencia.

El control de inclusión -o transparencia formal- tiene por objeto

garantizar que se haya posibilitado y facilitado el conocimiento por parte del adherente de la existencia, contenido y alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas. Los requisitos y deberes que integran este

control se establecen en el artículo 80.1, apartados a) y b) del Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre TRLGDCU, y en los art. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación 7/1998 de 13 de abril, resumiéndose en concreción, claridad y sencillez en la redacción, sin reenvíos, y accesibilidad, de forma que permitan su conocimiento previo a la celebración del contrato.

El requisito de claridad en la redacción parece hacer referencia a la

claridad visual, a que el texto deba ser legible, así como al lenguaje empleado. En cuanto a la concreción, la cláusula debe contener todos los elementos que la integran, describiendo de forma cierta y directa los que no requieran para su comprensión conocimientos técnicos más allá de los propios de un adherente medio o diligente.

El control de transparencia material o sustantiva, es una figura de

creación jurisprudencial, añade un extra a la transparencia gramatical y exige que el adherente tenga oportunidad de conocer la carga económica y jurídica del contrato.

(10) Las condiciones generales de la contratación de la tarjeta y su Anexo constan en el reverso de la solicitud de la tarjeta, y la condiciones particulares en el anverso. Ambas constan firmadas por el actor, disponiendo que *“Declaro haber leído y dado mi conformidad a las Condiciones Generales (hojas 1 y 2) y Particulares (Hoja 1) de los productos y servicios que solicito mediante este formulario”*

Las condiciones discutidas se incorporaron al contrato, sin perjuicio

de su entendimiento real, no existiendo una seria dificultad o imposibilidad de comprensibilidad gramatical o semántica por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, si bien debe destacarse su regulación con una letra minúscula de más que difícil lectura (si bien este juzgador al no haberse aportado dicho documento en papel no puede evaluar el tamaño real de la letra a los efectos previstos en el art. 80.1b) RDleg 1/2007), en la que se incluyen una abrumadora cantidad de datos, circunstancia que genera cierta dificultad de comprensión.

(11) Respecto a la transparencia material referida a la cláusula de

intereses remuneratorios, la condición general 5 regula las modalidades de pago, disponiendo que el servicio de pago aplazado, así como la disposición

de efectivo, devengará intereses día a día liquidables por meses a favor de la entidad al tipo nominal mensuales que corresponda según las condiciones particulares. Los intereses, en caso de aplazamiento de pago, se calculan según la fórmula siguiente: $i=(c.r.t.)/100$ (c=deuda pendiente durante el periodo liquidado, r= tipo de interés nominal mensual, t=periodo transcurrido). La T.A.E. (Tasa Anual Equivalente) se calcula conforme a la fórmula establecida en el Anexo I de la Ley 16/2011 de 24 de junio. Señala igualmente que los tipos nominales mensuales reconocidos en las condiciones particulares del contrato podrán ser incrementados por la entidad hasta un 2,2% mensual en caso de incumplimiento de la obligación de reembolso o se supere el límite de utilización. Los intereses vencidos y no pagados a su liquidación se consideran como aumento de capital no amortizado y desde ese momento devengarán nuevos intereses conforme a lo establecido en el art. 317 CdC.

Finalmente, las condiciones particulares expresan: Tipo de interés

para pago aplazado y para disposiciones y traspasos de efectivo: Nominal Anual 24% (TAE 26,82%). Límite de crédito hasta 5.000 €.

La STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/2019) exige que "67. (...) *el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del*

mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

EL art. 10 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito

al consumo, en la redacción vigente en la fecha del contrato, indicaba en su apartado 1 y como presupuesto inicial de la información previa al contrato que "*El prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito.*

Esta información, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se

facilitará mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo II."

Las sucesivas memorias del servicio de reclamaciones del Banco de

España, por lo menos desde el año 2009, reconocen el incremento de quejas de los usuarios y la realidad que supone la compleja forma de liquidación y el peligro de las ampliaciones automáticas cuando los pagos mensuales no son suficientes para amortizarla -logrando el efecto denominado "bola de nieve"-. En la memoria del año 2013 se incluye ya una explicación más precisa del fenómeno, lo que se repite y amplía en los años posteriores.

A partir del año 2015, reiterando lo ya afirmado, recomienda como

buena práctica financiera que en los casos en que la amortización del principal se vaya a realizar en un plazo muy largo (o la forma de pago fuera el mínimo), se facilite de forma periódica información a su cliente sobre los siguientes extremos:

"i) El plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda

generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagarla deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota).

ii) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría

aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.

iii) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la

deuda en el plazo de un año."

Aunque la normativa de transparencia (esencialmente, además de Ley

16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios) vigente en el momento del contrato no obligaba a prestar información sobre los datos anteriores, ni tampoco resulta posible emitir un cuadro de amortización previo por la variabilidad de las cuotas mensuales -por lo menos mediante el pago de cuota variable- por depender del capital pendiente y las disposiciones realizadas, afirma el Banco de España (por lo menos en la memoria del año 2018) que i) cuando el cliente solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago, deben extremar la diligencia para tratar de facilitarle un detalle lo más completo posible de la deuda

exigible, donde se puedan verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos; y que ii) cuando pida conocer cuándo terminará de pagar su deuda, deben facilitar algún medio -y, en todo caso, a través de la atención telefónica personalizada- por el que cada cliente, en un momento determinado, pueda conocer el tiempo estimado que le queda para amortizar una operación, si bien con la clara advertencia de que la estimación que se realizara en ese momento sería para el saldo concreto en una fecha de referencia y con una cuota determinada en esa fecha; de este modo considera posible, y exigible conforme a las buenas prácticas bancarias, la confección de un cuadro de amortización -en el que se debería advertir al interesado de que sería válido solo si se mantiene el pago mensual por la cuantía pactada y no se llevan a cabo nuevas disposiciones del crédito- que permita al interesado conocer el número de pagos necesarios para cancelar el crédito.

Señala la SAP Cantabria, Sec. 2.^a, 685/2020, de 21 de diciembre,

cuyos argumentos asumimos, que “las indicaciones anteriores de buenas prácticas bancarias destinadas al permitir una cuidadosa información al cliente se enmarcan ciertamente en el periodo de ejecución contractual. Sin embargo, sirven como parámetro de interpretación para encontrar también una adecuada información exigible en fase precontractual, pues la modalidad de crédito revolvente supera por su naturaleza manifiestamente en complejidad a los contratos de préstamo o de apertura de crédito ordinarios y agrava la posición del consumidor para que pueda apercibirse, antes de contratar y más allá de la fijación concreta del tipo de interés aplicable, de la verdadera carga jurídica y económica que el contrato implica por la propia forma en que se desarrolla o desenvuelve”.

(12) Pues bien, en el presente caso, a la vista de la prueba

practicada, el demandante no disponía de la información necesaria que le permitiese conocer la carga jurídica y económica que implicaba el contrato en la medida que:

- Ni la información precontractual representada por el documento que

contiene la información normalizada europea sobre el crédito al consumo según el modelo legal (anexo II de la Ley 16/2011), ni ninguna otra, consta que haya sido comunicada o entregada al consumidor con la debida antelación -la única información proporcionada consta haberse efectuado en unidad de acto con la firma de la solicitud de la tarjeta -con el fin precisamente de que pudiera comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre el contrato de crédito (art. 10.1 LCCC)-, sin que tampoco se advierta con la claridad y concisión exigidas por el art. 10.9 LCCC de que el contrato no prevé una garantía de reembolso del importe total del crédito

del que se haya dispuesto en virtud del contrato;

- No consta, dada la complejidad del producto, un ejemplo

representativo de crédito con dos o más alternativas de financiación determinadas en función de la cuota mínima que pueda establecerse para el reembolso del crédito con arreglo al contrato.

- No se explica suficientemente el carácter revolvente y la

determinación de la cuota mensual, y la información que se ofrece no permite deducir de forma cabal y para un consumidor medio, la forma o método en que se desenvuelve el contrato y particularmente el riesgo que implica la contratación de dicho tipo de crédito y que el propio Tribunal Supremo describe en su STS 149/2020, de 4 de marzo (fundamento de derecho

quinto, apartado 8) al señalar que además de considerar el público al que estas operaciones de crédito van a destinadas, ha de repararse en sus peculiaridades *"en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio"*.

Tales circunstancias han de llevar a estimar la nulidad de la cláusula relativa al interés remuneratorio.

Cuarto.- Nulidad de comisiones.

(13) Sin perjuicio de lo anterior, solicita el actor la nulidad de

determinadas cláusulas, en concreto, la comisión por exceso de límite, la comisión por reclamación de cuota impagada, y la comisión por disposición de efectivo a crédito.

(14) Tales comisiones constan expresamente en el contrato, no

presentando ninguna dificultad su debido entendimiento, por lo que lo cuestionable es su posible desequilibrio en favor de la entidad bancaria.

En todo caso, dado que el actor no acredita que tales comisiones

hayan sido aplicadas, que la demandada ha sido estimada tanto por el carácter usurario del interés como por la nulidad por falta de transparencia de la comisión relativa a los intereses remuneratorios, y que la eventual nulidad de las cláusulas no tendría un efecto económico en el fallo de la sentencia, huelga entrar a valorar su contenido en abstracto.

Quinto.- Doctrina de los actos propios.

(15) Alega la demandada la doctrina de los actos propios de la actora frente a las pretensiones aducidas frente a ella.

No obstante, la nulidad del contrato por usura que se contempla en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, o la nulidad de las cláusulas calificadas de abusivas, es una sanción contemplada en norma imperativa y, por lo tanto, radical y absolutas (art. 6.3 del Código Civil), por lo que no cabe invocar frente a ella la doctrina de los actos propios.

Así lo establece reiterada jurisprudencia que se refleja, entre

otras, en la sentencia 654/2015 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre, que señala que “debe tenerse en cuenta que, tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (Sentencias de 11 de diciembre de 1986, 7 de enero de 1993, 3 de mayo de 1995, 21 de enero y 26 de julio de 2000, 1 de febrero y 21 de diciembre de 2002 y 16 de febrero de 2012, entre otras muchas). [...] En conclusión, lo pasividad imputada a la demandante, además de no constituir actos concluyentes de los se pueda extraer una consecuencia jurídicamente vinculante, tampoco pueden convalidar algo radicalmente nulo, y, menos aún, evitar la sanción legalmente prevista por la contravención de norma imperativa. Estas consecuencias operan por disposición legal, por lo que no es de aplicación la doctrina de los actos propios al no ser posible un acto confirmatorio de un acto radicalmente

nulo. Un acto jurídico reprobado por el ordenamiento jurídico no puede ser convalidado; ni siquiera aplicando la doctrina de actos propios.”

Sexto.- Consecuencias de la nulidad del contrato por usurario y por falta de transparencia de la cláusula de intereses.

(16) La consecuencia de la declaración del interés como usurario es

la nulidad del contrato. El artículo 3º de la Ley de Represión de la Usura concreta los efectos de la nulidad del contrato derivada de la subsunción

en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1º: "*Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*".

(17) Idéntica solución debe encontrarse en el supuesto, como aquí ha

acontecido, en que se declara la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios por falta de transparencia, que debería dar lugar la nulidad del contrato de crédito pactado, en tanto que ni es posible la sustitución de las condiciones no transparentes y nulas por una disposición supletoria de derecho nacional como método para lograr la permanencia de su vigencia y validez; ni el contrato puede subsistir sin dicha cláusula al tratarse de condiciones de carácter estructural que pretenden determinar la particular naturaleza -la modalidad revolvente- y características concretas del negocio -pago de una cuota fija de escaso importe para amortizar un crédito que se restituye y que inevitablemente se va alargando, con mínima amortización del capital, al capitalizarse los intereses y las comisiones- en un sector de la contratación crediticia en el que el cobro de un interés -en el caso, particularmente alto- junto con unas comisiones es la causa evidente del contrato para el acreedor.

En tales circunstancias, la solución sería hacer únicamente exigible el capital del que realmente se ha dispuesto sin aplicación de interés ordinario o de comisiones de clase alguna.

Séptimo.- Intereses.

(17) La cantidad objeto de condena, una vez hechos los cálculos

oportunos, y a determinar en ejecución de sentencia, devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, y hasta su efectivo pago (art. 576 LEC).

Octavo.- Costas.

(18) De conformidad con lo establecido en el art.394 LEC, siendo

íntegra la estimación de pretensiones, se imponen a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente

aplicación

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. José ***, en nombre y representación de **D. JAVIER *****, contra la entidad **BANKINTER CONSUMER FINANCE EFC S.A**, representada por el Procurador D. Joaquín ***, y en su consecuencia:

1.- Se declara la NULIDAD total del contrato de tarjeta de crédito

revolving “TARJETA OBSIDIANA” de fecha 1 de septiembre de 2015, suscrito entre D. JAVIER *** y la entidad financiera BANKINTER CONSUMER FINANCE SA, por ser sus intereses usurarios, de acuerdo con la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, así como por la nulidad de la cláusula que establece el interés remuneratorio por falta de transparencia.

2.- Como consecuencia de la declaración de NULIDAD de dicho contrato,

se declara la improcedencia del cobro de interés alguno derivado del contrato de línea de crédito “TARJETA OBSIDIANA”, de modo que el actor vendrá únicamente obligado a devolver el capital prestado sin intereses, condenándose a la demandada a restituir al actor todas las cantidades por éste abonadas y que excedan del capital prestado desde la suscripción del contrato, cantidades a determinar en fase de ejecución de sentencia sobre la base de contabilizar las sumas reales que haya abonado el actor durante la vigencia del contrato de crédito, y su diferencia con el capital efectivamente dispuesto, quedando la demandada obligada a aportar, para su correcto cálculo, copia de todas las liquidaciones y extractos mensuales de la tarjeta de crédito, completos y correlativos, desde la fecha de suscripción del mismo hasta la última liquidación practicada junto con el debido desglose, o, en su caso, mediante los extractos aportados por esta parte y los que se generen con posterioridad a la presentación de la demanda, cantidad que hechos los cálculos oportunos, y a determinar en ejecución de sentencia, devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, y hasta su efectivo pago.

3.- Se CONDENA a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes.

Llévese el original al Libro de sentencias.