



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
AVILA**

SENTENCIA: 00124/2024

Este tribunal compuesto por los señores magistrados que se expresan al margen ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM: 124/2.024

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTE:

DON [REDACTED] GARCÍA ENCINAR

MAGISTRADOS/AS:

DON ANTONIO DUEÑAS CAMPO

DOÑA ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA

En la Ciudad de Ávila, a dieciocho del mes de junio del año dos mil veinticuatro.



Vistos ante esta ilustrísima audiencia provincial en grado de apelación los autos de procedimiento civil ordinario registrados con el número 794/2.023, seguidos en el juzgado de primera instancia número dos de Ávila, recurso de apelación registrado con el número 136/2.024, entre partes, de una como apelante D. [REDACTED] [REDACTED] representado por el procurador D. Joaquín Secades Álvarez y dirigido por la abogada D. Silvia Tejón Díaz y de otra como apelada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España representada por el procurador D. [REDACTED] [REDACTED] y defendida por el abogado D. [REDACTED].

Actúa como ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Narciso Dueñas Campo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila se dictó sentencia de fecha ocho del mes de marzo del año dos mil veinticuatro, cuya parte dispositiva dice:

“Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador D. Joaquín Secades Álvarez en nombre y representación de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], contra la entidad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España, debo declarar y declaro que no ha lugar a la misma y todo ello con imposición de costas a la parte demandante”.



SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución interpuso la parte actora o demandante D. [REDACTED] el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni practicado prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la parte actora o demandante D. [REDACTED] la sentencia de fecha ocho del mes de marzo del año dos mil veinticuatro dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila en el procedimiento civil ordinario registrado con el número 794/2.023 por la cual se acuerda:



A.- Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] contra la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España y en consecuencia declarar que no ha lugar a la misma.

B.- Condenar a la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] al pago de las costas procesales causadas en la primera instancia a la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España.

Se interpone el presente recurso de apelación por la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de fecha ocho del mes de marzo del año dos mil veinticuatro dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila en el procedimiento civil ordinario registrado con el número 794/2.023 por los siguientes motivos o por las siguientes causas de apelación:

1.- En primer lugar por error en la valoración de la prueba efectuada por el juzgado a quo, ya que la cláusula que establece los intereses remuneratorios es nula de pleno derecho por abusividad por falta de transparencia con vulneración de los artículos 218 de la ley de enjuiciamiento civil, cinco y siguientes de la ley de condiciones generales de la contratación, ochenta y siguientes del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y 4.2 de la directiva 93/13/CEE así como de la jurisprudencia sobre la materia.

2.- Subsidiariamente al motivo anterior se formula un segundo motivo por error en la valoración de la prueba, ya que la cláusula que establece una comisión por la reclamación de cuotas impagadas es nula de pleno derecho por abusividad por cuanto que no se acredita la prestación de ningún servicio.

3.- Subsidiariamente a los dos motivos anteriores se formula un tercer motivo por infracción del artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil al haber impuesto las



costas de la primera instancia a la parte actora o demandante a pesar de la existencia de serias dudas de hecho y de derecho.

Antes de entrar a conocer sobre los concretos motivos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], se debe indicar que:

Único.- Con fecha de catorce del mes de septiembre del año 2.017 se celebró un contrato de tarjeta de crédito "revolving" o revolvente siendo parte financiadora la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España y parte financiada la parte actora y apelante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con una tasa anual equivalente (T.A.E.) del 24,51 por ciento anual.

También antes de entrar a resolver sobre el fondo del litigio este tribunal quiere señalar que siempre y en todo caso aplica la doctrina jurisprudencial emanada de la sala primera de lo civil del tribunal supremo y para aquellas cuestiones sobre las cuales no se haya pronunciado la mencionada sala primera de lo civil del tribunal supremo, siempre y en todo caso aplica la doctrina ya dictada sobre la misma materia por esta audiencia provincial de Ávila, ya que, al no existir motivo fundado que permita desvincularse del precedente que supone, esas dos doctrinas jurisprudenciales (tanto del tribunal supremo como de la propia audiencia provincial de Ávila) vinculan a esta audiencia conforme a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo nueve y apartado tercero de la constitución) y de respeto al sistema de fuentes establecido (artículo primero y apartado séptimo del código civil), todo lo cual asegura, conforme a reiterada doctrina constitucional, el debido respeto a los derechos de igualdad en la aplicación de la ley y de la tutela judicial efectiva, consagrados, respectivamente, en los artículos catorce y veinticuatro de la constitución (sentencias del tribunal constitucional 242/1.992 de veintiuno del mes de diciembre y 46/1.996 de veinticinco del mes de marzo, entre otras muchas).



SEGUNDO.- Entrando a conocer sobre la primera causa o sobre el primer motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] relativa a la nulidad de las cláusulas sobre el interés remuneratorio y el sistema de liquidación de la deuda en el caso de pagos aplazados por no superar el doble control de transparencia tanto el primer control de inclusión o de incorporación como el segundo control de transparencia material, en relación con el control judicial de los contratos celebrados con consumidores debe tenerse en cuenta que quedan excluidas de este control de abusividad las cláusulas que conforme al artículo 4.2 de la directiva 1993/13/CEE definan el objeto principal del contrato, salvo cuando exista falta de transparencia, estableciendo dicho precepto: “4.2.- 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”.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo de fecha once del mes de octubre del año 2.019, al declarar que “conviene recordar que conforme a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 241/2.013 de nueve del mes de mayo, y otras posteriores (entre ellas, las sentencias 464/2.014 de ocho del mes de septiembre, 138/2.015 de veinticuatro del mes de marzo, 139/2.015 de veinticinco del mes de marzo, 222/2.015 de veintinueve del mes de abril y 705/2.015 de veintitrés del mes de diciembre), el control de transparencia tiene su justificación en el artículo 4.2 de la directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse “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”. Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente”.



No cabe examinar por lo tanto en un contrato de préstamo o financiación al consumo el carácter abusivo de la cláusula que fija los intereses remuneratorios, a salvo que se funde y se razone debidamente la falta de transparencia de dicha cláusula.

El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra, en primer lugar, por el denominado control de inclusión o de incorporación que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua (artículo siete de la ley de condiciones generales de la contratación), siendo el segundo control de transparencia material el relativo a la garantía de que, como señala la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo de nueve del mes de mayo del año 2.013, “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (parágrafo 210”).

La sala primera de lo civil del tribunal supremo en su sentencia de nueve del mes de mayo del año 2.013 relativa a las cláusulas suelo señala que las cláusulas deben superar el control de inclusión o de incorporación en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente, tanto de forma previa, como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato).



En cuanto al control de inclusión o de incorporación el vigésimo considerando de la directiva 93/13 indica que “[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]”; el artículo cinco dispone que “en los casos de contratos en los que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”; y el artículo 4.2 de la directiva 93/13/CEE reseña que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Como señala el artículo 80.1 del real decreto legislativo 1/2007 de dieciséis del mes de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

En el presente caso este tribunal colegiado considera que los intereses remuneratorios pactados en el contrato de tarjeta de crédito “revolving” o revolvente superan el control de incorporación o de inclusión (primer control de transparencia), quedando claramente establecido la tasa anual la tasa anual equivalente (T.A.E.) del 24,51 por ciento.

En el caso presente las cláusulas cuestionadas no ofrecen dudas sobre su redacción clara, concreta y sencilla, al detallar el tipo de interés aplicable; en consecuencia, se debe entender superado el control de inclusión o de incorporación.



Sobre el control de transparencia, éste va más allá de la comprensión gramatical y se refiere a que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conozca o pueda conocer y comprender las consecuencias o cargas jurídicas y económicas de las cláusulas del contrato, o sea, que el adherente pueda conocer tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado (el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener) como la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo). Así se desprende de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea (entre otras, sentencias de veintiuno del mes de marzo del año 2.013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, de treinta del mes de abril del año 2.014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de veintiséis del mes de febrero del año 2.015, asunto C-143/13 caso Matei, y de veintitrés del mes de abril del año 2.015, asunto C-96/14, caso Van Hove) y del tribunal supremo (entre otras sentencias del tribunal supremo 564/2.020 de veintisiete del mes de octubre y 427/2.020 de quince del mes de julio).

Respecto de los denominados contratos de tarjeta de crédito con pago aplazado “revolving” o revolvente hay que señalar, antes de entrar a conocer sobre los mismos, que cualquier ciudadano medio es conocedor de que todo crédito comporta un coste a modo del pago de los correspondientes intereses ordinarios, como también es conocedor de que cuanto mayor sea el plazo de amortización mayor será el coste; ahora bien, las tarjetas de crédito con pago aplazado tipo “revolving” o revolvente, a diferencia de las tarjetas de crédito ordinarias, son un tipo de tarjetas en las que el cliente dispone de un límite de crédito determinado, que puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas, que pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; tales cuotas periódicas pueden elegirse y cambiarse dentro de unos mínimos establecidos por la entidad; pero su peculiaridad reside en que la deuda derivada del crédito se “renueva” mensualmente, esto es, disminuye con los abonos que se hacen a través



del pago de las cuotas, pero aumenta mediante el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero, etc), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente. En definitiva, la reconstitución del capital que se debe devolver y las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre “revolving” o revolvente), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente. Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado y adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses, hecho que se ve agravado con el posible cargo de comisiones por reclamación de cuotas impagadas o de posiciones deudoras. Además, los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

Las peculiaridades de las tarjetas de crédito con pago aplazado “revolving” o revolvente, que implican un mayor tipo de interés remuneratorio que el que comportan los créditos al consumo en general y los que se ofrecen mediante tarjetas de crédito en particular, unido a que no es posible emitir un cuadro de amortización previo al variar la deuda y, en su caso, las cuotas mensuales a pagar, son razones que justifican que se exija una especial diligencia por parte de la entidad financiera a la hora de explicar de una forma clara y comprensible a su cliente el verdadero coste del negocio que concierne lo que está asociado al mecanismo de amortización descrito y es que, como señala la sala primera de lo civil del tribunal supremo en su sentencia de cuatro del mes de marzo del año 2.020, las propias peculiaridades del crédito “revolving” o revolvente pueden provocar el efecto de convertir al prestatario en un deudor “cautivo”. Es por ello que la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales ha puesto especial hincapié en el control de transparencia de este tipo de operaciones.

En el caso presente, la tasa anual efectiva (T.A.E.) del 24,51 por ciento anual está fijada en el contrato, esto es, si bien, como señala la sentencia de la sala



primera de lo civil del tribunal 149/2.020 de cuatro del mes de marzo, “la expresión de la T.A.E. es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente”. Y es que, precisamente en un contrato de tarjeta de crédito con pago aplazado “revolving” o revolvente como el litigioso tan importante como la tasa anual efectiva es el sistema de amortización previsto.

En el contrato de tarjeta en la condición general denominada “calculo de los intereses” se puede leer la forma en la que se establece la amortización mediante cuotas para el caso de sistema de pago aplazado al afirmar que “los intereses se devengarán diariamente sobre la utilización correspondiente del crédito en base al tipo deudor anual vigente y se liquidará mensualmente con la mensualidad y se obtiene a partir de la siguiente fórmula”.

Como se puede apreciar, un consumidor medio, sin una explicación previa por parte del profesional que comercializa la tarjeta, difícilmente puede tener conocimiento preciso de la operativa de amortización del crédito, que es un aspecto básico del contrato por la trascendencia que tiene para la economía del contrato.

En casos como el presente la sentencia de la audiencia provincial de León de veinte del mes de abril del año 2.021 considera que falta la debida transparencia, al no permitir al consumidor conocer de manera razonable el coste real que asume, al tiempo de suscribir el crédito asociado a la tarjeta contratada: “Así, en primer lugar, las estipulaciones comprensivas de los intereses y el sistema “revolving” no se encuentran destacadas de ningún modo, sino que figuran dentro del conjunto global del condicionado general del contrato, mediante un tipo de letra de muy reducido tamaño, similar al del resto de dicho clausulado, y en unión a otras muchas cláusulas, lo que no contribuye a su percepción. Por otro lado, tampoco la redacción de las cláusulas de pago aplazado permite una clara percepción de la obligación de pago a asumir, ya que el tenor literal de la misma prevé el abono de un porcentaje



del límite del crédito, mas no clarifica otros extremos esenciales, ni, en primer lugar, cómo se conforma dicho saldo deudor, respecto de lo cual, ha de tenerse en consideración que la cláusula 14 parece desprenderse que se integra también por los intereses remuneratorios y las primas de seguro de crédito incluidas, en su caso. De la propia fórmula matemática parece inferirse la figura del anatocismo de tal suerte que los intereses se capitalizarán y cargarán en cada fecha de liquidación, devengando nuevos intereses; el contrato de otro lado parece no dar opción a la restitución del capital dispuesto en un único pago sino que se limita a permitir su amortización únicamente mediante cuotas que se fijan según la horquilla expresada, esto es, en definitiva, se prevé la forma de pago más onerosa para el propio consumidor, quien en caso de disposición del crédito se ve necesariamente compelido a su amortización en varios plazos.

Por todo lo expuesto, concluimos con la insuficiencia del enunciado contenido en el propio documento contractual, a los efectos de suministrar al consumidor la información precisa sobre las consecuencias económicas de la suscripción del contrato. El incumplimiento del deber de información que incumbía a la entidad financiera también se muestra patente ante la falta de aportación por la demandada de cualquier elemento probatorio que acredite la realización de tal tarea explicativa y aclaratoria previa que exige la ley de crédito al consumo. Concluimos con la falta de transparencia del contrato de tarjeta y consiguientemente la nulidad de los intereses remuneratorios”.

En igual sentido la sentencia de la audiencia provincial de Salamanca de veintiséis del mes de enero del año 2.023 afirma que “la documentación que justifica la contratación es la aportada a las presentes actuaciones en los escritos alegatorios y se observa que no consta acreditado que exista en el caso de autos una información precontractual previa a la suscripción de la solicitud de tarjeta.



En particular, no resulta acreditado que a la parte actora se le informara bastante dándole la oportunidad real de conocer con antelación el contenido de las cláusulas contractuales incorporadas a las condiciones generales, que contenían las condiciones económicas del contrato, lo que imposibilitó que el cliente tuviese acceso a aquellos pactos que versan sobre elementos esenciales del contrato, como son los que determinan el coste financiero del contrato mediante el devengo de intereses y el aplazamiento en el pago”.

Finalmente la sentencia de la sección cuarta de la audiencia provincial de Asturias de fecha trece del mes de abril del año 2.023 afirma que “obsérvese que no sólo es que el contenido del clausulado no permite al consumidor tener un conocimiento suficiente de las consecuencias económicas del contrato, sino que a ello se añade el patente incumplimiento del deber de información previo que incumbía al banco, tanto más grave si se tiene en cuenta que el sistema de amortización de esta clase de créditos comporta unos efectos muy perjudiciales para el patrimonio de quien los suscribe, bastante más allá de lo que resultaría de la aplicación lineal de los intereses pactados, ya de por sí elevados, que obliga a quien las comercializa a una especial y cuidadosa labor de información sobre este concreto particular. No es que el cliente no fuera consciente de cuál era el tipo de interés pactado para ese producto o que pensara que el crédito era gratuito, sino que lo que determina el incumplimiento del deber de información y, con ello, la inobservancia del presupuesto de transparencia, es precisamente que no se le advirtiera del alcance y efectos de ese sistema de amortización propio de las tarjetas revolving, que conlleva las gravosas consecuencias indicadas”.

Tales consideraciones son trasladables al supuesto ahora enjuiciado, en el que no consta en modo alguno cumplida la obligación de acreditar que se ha informado previamente a su contratación de la carga jurídica y económica que conlleva esta clase de tarjeta de crédito con pago aplazado “revolving” o revolvente, por lo que no se ha superado el control de transparencia exigible cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores. Dicha información



precontractual, manifestación del deber de transparencia, comporta que el consumidor disponga, antes de la celebración del contrato, de información comprensible acerca de las condiciones generales, que versan sobre elementos esenciales del contrato, la cual le permita adoptar su decisión de contratar, con pleno conocimiento del compromiso asumido, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado de su condicionado convencional (sentencias de la sala primera de lo civil del tribunal supremo 843/2.021 de nueve del mes de diciembre y 399/2.021 de catorce del mes de junio).

Esta falta de transparencia no determina per se el carácter abusivo de la cláusula, pero permite dicho examen de abusividad, si bien puede estimarse tal carácter abusivo en aquellos casos en los que esa ausencia de una información correcta, especialmente sobre el sistema de amortización, contrariando las reglas de la buena fe y provocando un desequilibrio jurídico y económico en la posición contractual del consumidor que puede ver agravada, sin explicación e información previa que le permita tomar una decisión consciente, su situación económica de forma excesivamente gravosa, que es lo acontecido en el caso.

La consecuencia de la falta de transparencia de los intereses remuneratorios y del sistema de liquidación de los pagos aplazados determina, como se analizará en el fundamento de derecho siguiente, la declaración de su nulidad.

TERCERO.- Entrando a conocer sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula esencial de un contrato de financiación, como es la cláusula de interés remuneratorio, esto es, si tal declaración de nulidad supone la nulidad íntegra del contrato, tal cuestión objeto de debate ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta audiencia provincial de Ávila por ejemplo en sentencias de



fechas cinco del mes de diciembre del año 2.023 y catorce del mes de febrero del año 2.024.

En orden a las consecuencias de la calificación de abusiva de la cláusula de interés remuneratorio por no superar el doble control de incorporación o de inclusión y de transparencia o de contenido y siempre partiendo de la proscripción de la integración del contrato por el tribunal, dos son los efectos esenciales que se producen: el reintegro al consumidor, o su compensación con el capital debido, de las sumas abonadas por el concepto de intereses remuneratorios y la nulidad del contrato.

Así, no es discutible la ya consolidada doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea de no ser posible integrar el contrato ni moderar los efectos de la cláusula abusiva, reafirmada desde su sentencia de catorce del mes de junio del año 2.012 referida precisamente al proceso monitorio y al artículo 83 del texto refundido RDL1/2007, por el que declaró este último contrario a la directiva 93/13/CE en la medida en la que establecía el deber del juez de integrar el contrato una vez eliminada la eficacia de la cláusula nula y le dotaba de facultades moderadoras.

Sobre la eficacia de la declaración de cláusula abusiva, cuya inaplicación implica que carezca de todo efecto de vinculación para el consumidor, reitera el tribunal de justicia de la Unión Europea la proscripción de la integración de la cláusula o su moderación por parte del juez nacional contemplado en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, como es el caso del español en el artículo 83 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios e insiste en su sentencia (sala primera) de treinta del mes de mayo del año 2.013, asunto C-488/11, en donde concluye que "el artículo seis y apartado primero de la directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato



celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor”, razonando en su apartado 57 que “los jueces nacionales están obligados 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. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas” y en su apartado 58 que, “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo siete de la directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio”.

Es decir, cualesquiera cargos que se hubieran realizado desde la perfección del contrato como intereses remuneratorios son indebidos por nulos, debiendo la parte acreedora imputar tales pagos al reintegro del principal dado en crédito.

Y tal nulidad de una cláusula esencial conlleva a su vez la nulidad del contrato, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, al ser perjudicial para la parte prestamista el mantenerse indefinidamente un contrato de crédito sin interés alguno.

Así, la sentencia de la audiencia provincial de Ávila de veintinueve del mes de mayo del año 2.023 indica que “en relación con ello la sentencia de la audiencia provincial de Tenerife de fecha veinticuatro del mes de julio del año 2.020 señala que la cláusula de intereses remuneratorios contiene uno de los elementos esenciales del contrato. Sin ella el contrato de crédito no tiene razón de ser y el resultado en la práctica de lo acordado en la sentencia es que la demandante seguiría disfrutando de una línea de crédito, mediante la tarjeta, sin tener que abonar nada en concepto de precio del dinero obtenido, a cambio de las disposiciones que pueda hacer”.



Por su parte la sentencia de la audiencia provincial de Pontevedra de veinticinco del mes de enero del año 2.021 señala que, "coincidiendo con la doctrina mayoritaria, el contrato de crédito revolving, que se incorpora a una tarjeta, ante el que nos encontramos, no se trata del préstamo tradicional de los códigos civil (artículos 1.753 y siguientes del código civil) o de comercio (artículos 311 y siguientes del código de comercio), contrato real, en el que un sujeto (prestamista) entrega a otro (prestatario) una cantidad de dinero que deberá ser devuelta en la forma y momento pactados, de una vez o mediante cuotas periódicas. Este contrato se asemeja más bien a la clásica apertura de crédito en cuenta corriente, aunque tampoco coincida plenamente con ella. Se trata de un contrato consensual, de carácter mercantil (cfr. artículo 311 del código de comercio), en virtud del cual una de las partes (el prestamista o financiador) se compromete a facilitar a la otra (prestatario o financiado) la posibilidad de efectuar disposiciones de líquido, cuantas veces desee, hasta el máximo y por el tiempo que se acuerde; todo ello con la particularidad de que el prestatario o financiado puede devolver a su conveniencia las sumas de que haya dispuesto y, además, restableciendo, en la medida en que lo haga, su nivel de disponibilidad. A cambio de esa disponibilidad del crédito, 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 el crédito hasta un límite. Precisamente la singularidad de este tipo contractual con su flexibilidad y facilidad de disposición ha determinado que el interés remuneratorio sea más elevado que en otros negocios de financiación. La devolución de principal e intereses se puede realizar de diversas formas que ahora no interesan. 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 sólo para una de las partes, afectando igualmente a la causa del contrato".



De acuerdo con este criterio jurisprudencial, el contrato de tarjeta revolving no puede subsistir. Y procede por ello condenar a la parte demandada a restituir a la parte actora o demandante todas aquellas cantidades pagadas que, por cualquier concepto, excedan del capital dispuesto”.

En el mismo sentido la sentencia de la sección vigesimoctava de la audiencia provincial de Madrid de trece del mes de junio del año 2.022 declara que la declarada nulidad de las condiciones generales relativas a los intereses y las comisiones del contrato de tarjeta de crédito conlleva la nulidad total del contrato: “acogido en esos términos por la sentencia apelada respecto de la acción principal (la pretendida nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación), lo procedente es la fijación de los efectos jurídicos propios de esa acción principal, estimada por obra del allanamiento. Dichas consecuencias, establecidas legalmente, consistirían, en principio y de no afectar esa nulidad a cláusulas esenciales del contrato, en la nulidad parcial del negocio jurídico, respecto de las concretas estipulaciones atacadas, con mantenimiento en lo demás de la vigencia del contrato, que es lo que se ha acordado en la sentencia recurrida con condena a la demandada, en su caso, a devolver a la actora cuantas cantidades abonadas durante la vida del crédito excedieran de la cantidad dispuesta en virtud de la referida tarjeta, que en este caso ya se han concretado como inexistentes por las propias manifestaciones de la representación del actor al respecto, todo lo cual resultaría en principio correcto a tenor de los términos del allanamiento.

[...]

Ahora bien, abordando el segundo motivo de recurso y aunque lo pretendido con el mismo se encontraría desconectado de los propios términos del allanamiento,



no deja de asistir razón a la recurrente en relación con los efectos de la nulidad de las condiciones generales consideradas en tanto es evidente que el contrato de tarjeta de crédito no puede quedar sin intereses remuneratorios manteniéndose su vigencia, no tratándose de un préstamo con un periodo de duración concreto.

Así, el artículo nueve y apartado segundo de la ley de condiciones generales de la contratación 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 artículo diez, 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 1.261 del código civil", especificando el artículo diez que esa declaración no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, siguiendo el criterio del artículo seis de la directiva 93/13. Pero dicha subsistencia no parece acorde con la naturaleza del contrato de tarjeta de crédito sin una duración prefijada porque no sería razonable permitir seguir disponiendo de crédito sin satisfacer remuneración alguna, sin que tampoco resultara admisible que el tribunal conformara el negocio jurídico señalando el interés remuneratorio. De esta manera, lo más adecuado al necesario equilibrio contractual derivado del concepto de "causa contractual" (artículo 1.274 del código civil) será la liquidación del contrato con la recíproca restitución de contraprestaciones al modo del artículo 1.303 del código civil, cuestión, además, sobre la cual no se ha planteado específica discusión".

En este sentido la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo 47/2.021 de dos del mes de febrero, en lo referente a la relación entre los efectos de la nulidad del contrato y la desaparición del elemento esencial del precio, viene a indicar en su fundamento jurídico tercero y punto diez que: "Dado que esas cláusulas, y concretamente la tercera, regulan elementos esenciales del contrato,



procede declarar la nulidad del mismo, conforme prevé el artículo 9.2 de la ley de condiciones generales de la contratación. La apreciación de la nulidad del contrato no infringe el principio de congruencia puesto que el pronunciamiento de la sentencia del juzgado de primera instancia que condenaba a la restitución de las prestaciones suponía, en la práctica, la declaración de nulidad del contrato”.

Procede en consecuencia declarar la nulidad total del contrato de tarjeta de crédito con las consecuencias restitutorias correspondientes, esto es, restituir la parte demandada a la parte actora o demandante todas aquellas cantidades pagadas que, por cualquier concepto, excedan del capital dispuesto, pendientes de la oportuna liquidación; la entidad demandada podrá reclamar, si a su derecho conviene, en su caso, las cantidades pendientes de pago tras la oportuna liquidación en fase de ejecución de sentencia a través del procedimiento civil correspondiente a la cuantía, pero desde luego no en el presente procedimiento en ausencia de la necesaria reconvencción.

En consecuencia, de acuerdo con este criterio jurisprudencial y en definitiva, el contrato de tarjeta revolving no puede subsistir y, estimando la demanda en su pretensión subsidiaria de control de transparencia, procede condenar a la parte demandada a restituir a la parte actora o demandante todas aquellas cantidades pagadas que, por cualquier concepto, excedan del capital dispuesto.

CUARTO.- Respecto de las costas procesales de la primera instancia, se debe indicar que en esta segunda instancia existe una estimación total de la pretensión ejercitada por la citada parte actora o demandante D. [REDACTED] con carácter subsidiario.



Respecto de la estimación de una pretensión ejercitada con carácter subsidiario o con carácter alternativo y la condena en costas en la primera instancia al amparo del artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo de fecha dieciocho del mes de octubre del año 2.023 afirma que "la estimación de la acción de nulidad por la existencia de cláusulas abusivas (sentencia 35/2.021 de veintisiete del mes de enero y sentencia del tribunal de justicia de dieciséis del mes de julio del año 2.020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) provoca que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y apartado primero de la ley de enjuiciamiento civil proceda la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado; sin perjuicio de recordar que, cuando se estiman peticiones alternativas o subsidiarias a una principal, se produce un acogimiento íntegro de la demanda, como criterio por el que se han de discernir las costas de primera instancia (sentencias 977/2.011 de doce del mes de enero del año 2.012 y 963/2.007 de catorce del mes de septiembre, recogiendo doctrina reiterada)".

Por su parte la sentencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo de fecha catorce del mes de septiembre del año 2.007 afirma que "pues bien, sobre el juego procesal que respecto a la imposición o no de las costas pueda tener la petición en el suplico de las demandas de condenas alternativas o subsidiarias, con vistas a lo dispuesto en el artículo 523 de la ley rituaría, recuerda la sentencia de esta sala de veintisiete del mes de octubre del año 1.998 que "es conveniente partir de que los conceptos de alternatividad y de subsidiariedad como manifestaciones de opción entre dos o más cosas u obligaciones la primera y del "en sustitución de" o "del en lugar de" la segunda, cuando, como aquí acontece, se proyectan sobre un aspecto procesal, el relativo a la imposición de costas, o uno u otro o ambos aparecen en el suplico de las demandas juntamente con una petición principal en los casos de alternatividad o de sustitución en las de subsidiariedad, es tema transcendente habida cuenta precisamente ese "totalmente rechazadas" que en el



párrafo primero del artículo 523 de la ley de enjuiciamiento civil, se contiene. Dado el alcance de los referidos conceptos, la solución adecuada, si se tiene en cuenta la "mens legislatoris", es la de estimar que el hecho de admitir la petición principal o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que:

a.- Cuando el actor formula peticiones alternativas, la sentencia que accede a una de las solicitudes conlleva una admisión total de lo pedido en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez.

b.- Que, cuando se contiene en el "petitum" de las demandas una petición subsidiaria, lo que con ello se hace es ofrecer también al juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno u otro sentido lleva implícita una admisión total de la pretensión por la que opte, en cuanto tampoco pueden en términos generales concederse la principal y la subsidiaria.

c.- Porque, comprendiendo lo dicho, no pueden eliminarse de la idea del "victus victori" o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que, formulándose las peticiones del acto con criterio de alternatividad o de subsidiariedad, la decisión del juzgador, optando por una u otra petición, elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren".

Tal doctrina viene siendo reiterada en las sentencias del tribunal supremo de treinta del mes de mayo del año 1.994, uno del mes de junio del año 1.994, uno del mes de junio del año 1.995, once del mes de julio del año 1.997, cuatro del mes de mayo del año 2.004 y veintisiete del mes de septiembre del año 2.005, entre otras.



En definitiva, la estimación en segunda instancia de la pretensión subsidiaria cursada en la demanda no excluye, como se ha visto, el vencimiento de los actores y, en definitiva, la aplicación del principio "victus victori" contenido en la norma que se invoca como infringida. Por otra parte, no puede olvidarse que, si bien la parte demandada, al tiempo de recaer sentencia firme en los autos precedentes número 57/1.991, ofreció a sus compradores, vía requerimiento notarial, el reintegro del precio pagado en su día por las parcelas enajenadas, según se tiene por cierto en estos autos, negó después, expresamente, en su contestación a la demanda, la procedencia del importe a que se refiere el artículo 1.477 del código civil, oponiéndose así, totalmente, a la estimación de la demanda, lo que determinó la necesidad de que se siguiera todo el proceso en su contra, situación que posiblemente no se habría producido si hubiera aceptado la pretensión formulada de modo subsidiario".

Por tanto procede la condena a la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España al pago de las costas procesales causadas a la parte actora o demandante D. [REDACTED] en la primera instancia.

QUINTO.- En materia de costas procesales de la segunda instancia conforme al artículo 398 apartado segundo de la ley de enjuiciamiento civil en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.



FALLAMOS:

Que, estimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de fecha ocho del mes de marzo del año 2.024 dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila en los autos de procedimiento civil ordinario registrado con el número 794/2.023, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y en su lugar acordamos:

1.- Declaramos la nulidad de la cláusula del contrato de tarjeta de crédito celebrado el día catorce del mes de septiembre del año 2.017 que regula el interés remuneratorio, por no superar el doble control de transparencia, y como consecuencia de ello, al ser un elemento esencial del contrato, declaramos la nulidad del mencionado contrato de tarjeta de crédito.

2.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España a recalcular el contrato sin la aplicación de interés remuneratorio alguno.

3.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España a devolver a la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], en caso de que el saldo final fuera positivo, o a restar de la suma que como consecuencia del contrato éste finalmente le deba, la cantidad que exceda del total del capital que le haya prestado en concepto de principal del crédito, tomando en cuenta el total de lo ya recibido por todos los conceptos cargados y percibidos al



margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados por la citada parte actora o demandante, con ocasión del mencionado contrato, especialmente las cantidades cobradas por los conceptos de comisión por disposición de efectivo, intereses remuneratorios, comisión por reclamación de cuota impagada y cuotas o primas de contratos de seguro asociados a la tarjeta de crédito, según se determine en ejecución de sentencia aportando para su correcta determinación copia de todas las liquidaciones y extractos mensuales de la tarjeta de crédito, completos y correlativos, en el mismo formato que fueron originalmente remitidos al cliente, desde la fecha de celebración del contrato hasta última liquidación practicada, más intereses legales del artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil (interés legal del dinero incrementado en dos puntos) desde la fecha de liquidación o determinación del saldo deudor.

4.- Condenamos a la parte demandada la sociedad mercantil Cofidis S.A. Sucursal en España a pagar a la parte actora o demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] las costas procesales de la primera instancia.

5.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y, una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.