



Roj: **SJPI 216/2024 - ECLI:ES:JPI:2024:216**

Id Cendoj: **28058420012024100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Fuenlabrada**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2024**

Nº de Recurso: **642/2024**

Nº de Resolución: **195/2024**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Nº 1 DE FUENLABRADA

Sentencia núm.: 195/2024

Procedimiento: **Juicio verbal nº 642/2024**

Objeto del juicio: **Tarjeta revolving. Evaluación de solvencia. Transparencia. Cláusulas abusivas. TAE. Sistema de amortización. Prácticas comerciales desleales. Usura. Restituciones**

Demandante: D.ª Adelina

Procurador: D. Camilo Enríquez Naharro

Letrado: D. Pablo Martínez de Llano Orosa

Demandada: **Caixabank Payments & Consumer, E.F.C., S.A.U.**

Procurador: D. Julio Cabellos Albertos

Letrado: Ius Gentium Abogados, S.L.P.

En nombre del Rey, el Magistrado Ilmo. Sr. D. **JesúsAlemanyEguidazu**

SENTENCIA

En Fuenlabrada (Madrid), a veintinueve de julio de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. **I. Demanda.**- El 24/4/2024, D.ª Adelina formula demanda en la que, en relación con un crédito disponible mediante tarjeta interpone varias acciones en relación de subsidiariedad:
2. (1ª) Como acción principal, pide la **nulidad de la cláusula de intereses retributivos** y del **sistema de amortización** por no superar el control de incorporación (legibilidad) y/o transparencia en el sentido de la Directiva 93/13.
3. (2ª) Como acción subsidiaria primera, suplica la **nulidad por usura** del Contrato.
4. (3ª) Como acción más subsidiaria segunda, insta la declaración de inexistencia o nulidad del **seguro de protección de pagos** de la Tarjeta por no cumplir con la Ley de Contrato de Seguro ni los requisitos de incorporación.
5. (4ª) Como acción más subsidiaria tercera, solicita la nulidad de la **comisión de reclamación de cuota impagada** por no superar el control de incorporación o, en su caso, por abusiva.
6. En todas las acciones pide como **consecuencias de la nulidad**, la aplicación del artículo 1303 del Código Civil; salvo en la acción de nulidad por usura, para la que deberá estarse al artículo 3 de la Ley de Usura.



7. Todas las acciones anteriores con la condena en **costas** de la parte demandada.
8. La demanda se turnó por reparto a este Juzgado, que la admitió a trámite, acordó sustanciarla por el cauce del **juicio verbal** y emplazó a la parte demandada.
9. **II. Contestación.**- La parte demandada presentó contestación en tiempo y forma, impugnando la **cuantía** indeterminada del procedimiento y **negando** los presupuestos de los que pudieran derivarse las nulidades invocadas para terminar con **suplico** de desestimación de la demanda, con imposición de las costas a la actora.
10. **III. Audiencia de las partes y sentencia inmediata.**- Por providencia de 5/7/2014 , que devino firme, se dispuso el dictado de **sentencia** sin necesidad de celebración de juicio, visto que la controversia es puramente jurídica y puede resolverse con los documentos aportados, dado que Caixabank P&C no propuso "al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación" (por analogía STJUE 25.4.2024 *Banco Santander (Comienzo del plazo de prescripción)* C-561/21 , 38 y 41), distintas a los documentos obrantes en las actuaciones y aportados junto con los escritos rectores (arts. 428.3 y 429.8 LEC por analogía), también careciendo de objeto una vista para la mera ratificación de escritos sin práctica de prueba adicional (art. 431 LEC por analogía) ni siendo necesario formular conclusiones (art. 447.1 LEC).
11. Aclaremos que el **dictamen pericial** intitulado "sobre la abusividad del sistema revolving y la usura de sus tipos de interés" es superfluo porque se inmiscuye en valoraciones jurídicas al no limitarse a "conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos" (ex art. 335.1 pr. LEC).
12. También se dispuso dar **audiencia** a las partes por plazo de diez días sobre cuestiones similares a las de los asuntos C-88/24 *Bankinter Consumer Finance* y C-423/24 *Santander Consumer Finance*, considerando que la sentencia depende de la interpretación que deba darse a determinadas normas del Derecho de la Unión. Sin embargo, comprobado por este Juzgado que dichas peticiones de decisión prejudicial se han frustrado por acuerdos súbitos tras su planteamiento de las cuestiones (v. AA. JPI Fuenlabrada 1 2.7.2024 ES:JPI:2024:8A) y que ambas partes solicita que no se suspenda el procedimiento, procede dictar sentencia inmediata una vez evacuado el trámite de alegaciones.
13. **IV. Siglario** de esta sentencia: " **BCE**", Banco Central Europeo; " **CC**", Código Civil; " **CCom**", Código de Comercio; " **DCFR**", Borrador del Marco Común de Referencia de 2009, de los Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo; " **Directiva 93/13** ", Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; " **Directiva 2005/29** ", Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; " **Directiva 2008/48** ", Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; " **CCD II**", Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE; " **LCCC** ", Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; " **LCD**", Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; " **LCDSF**", Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; " **LCGC**", Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; " **LCyU**", Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 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; " **LEC**", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; " **Ley de Usura**", Ley de 23 de julio de 1908 referente a los contratos de préstamo; " **LSP**", Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera; " **PECL**", Principios de Derecho Europeo de Contratos, 2000; " **PETL**", Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, 2005; " **AJPI**", Auto del Juzgado de Primera Instancia; " **BGH**", sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania; " **CC**", Código Civil; " **SAP**" o " **AAP**", sentencia o auto de la Audiencia Provincial, sección; " **STC**", sentencia del Tribunal Constitucional; " **STJUE**", sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; " **STS 1^a**" o " **ATS 1^a**" sentencia o auto del Tribunal Supremo de España, Sala Primera.
14. **V.** En la **sustanciación** del procedimiento se tienen por observadas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

15. Tras la apreciación de la prueba, se declaran probados los siguientes hechos:
16. **Uno.**- No es controvertido (art. 281.3 LEC) que, el 28/11/2020, en el establecimiento Media Markt de Getafe, la demandante D.^a Adelina (también " **Acreditada**") suscribió un **contrato de crédito disponible mediante tarjeta** "Media Markt" (desde ahora, " **Contrato**") con la entidad de crédito demandada Caixabank Payments & Consumer, E.F.C., E.P., S.A.U. (en adelante, " **Caixabank P&C**" o " **Acreditante**").



17. La tarjeta "Media Markt" es una tarjeta de crédito con las siguientes **características**:

18. (a) es una tarjeta de **pago aplazado** (*extended card debt*), según el Cuadro de categorías de instrumentos financieros, 2. Préstamos, 1.b) del Reglamento (UE) 2021/379 del Banco Central Europeo relativo a las partidas del balance de entidades de crédito y del sector de las instituciones financieras monetarias (refundición) (BCE/2021/2). En la modalidad de pago habitual, la cuota mensual del acreditado está marcada con una cruz seriada en la casilla "otras cantidades", siendo la modalidad por defecto (según las condiciones generales) el 3 % de la cantidad dispuesta, con un mínimo de 20 €. El acreditado también debe satisfacer el precio de bienes y/o servicios en los que un proveedor autorizado ofrezca su pago aplazado y/o fraccionado en las condiciones ofrecidas por el proveedor, computando también esta financiación en el límite disponible.

19. (b) Es un crédito de **duración indefinida** (art. 13 Directiva 2008/48).

20. (c) Es un crédito **renovable** (*revolving*), según la descripción del Cuadro de categorías de instrumentos financieros, 2. Préstamos, 1.c) del Reglamento 2021/379 (si bien, a los efectos de este Reglamento, se excluyen los saldos concedidos mediante tarjeta), así como según el Anexo I, apartado II, letra e), párrafo último de la Directiva 2008/48.

21. El **límite de crédito** disponible son 2700 €, aunque el saldo deudor a marzo de 2024 supera los 4000 € (v. cuadro de movimientos, *doc. nº 5 de la demanda*).

22. Además, se pactó un tipo nominal mensual (TIN) del 1,83 %, con **tasa anual equivalente** (TAE) del 24,31 %. En consecuencia, el cálculo de la TAE no ha incorporado ningún gasto, comisión o seguro (lo que puede comprobarse en Banco de España: Cálculo de la TAE de un préstamo personal). El Contrato no indica en qué supuestos adicionales se basa para calcular la TAE en un contrato de duración indefinida, sino que se remite a una Circular del Banco de España.

23. **Dos.**- Caixabank P&C no demuestra haber **evaluado la solvencia** de D.^a Adelina, al menos con una mínima profundidad, ni con carácter previo al Contrato ni con posterioridad. En el Contrato solo consta, en resumen, que es soltera, empleada por cuenta ajena en el sector servicios, con empleo fijo, figurando en blanco su nivel de ingresos.

24. **Tres.**- Además, el Contrato ofrecía **dos posibles modalidades de pago**: pago aplazado y pago a fin de mes. A estos efectos, en principio, las condiciones generales se remiten a las particulares, pero no se cumplimentaron las casillas de "modalidad de pago" habitual, tanto la de "% del dispuesto del crédito" (sic) como la de "Fin de mes". Sí está marcada la cuota de pago mensual "otras cantidades", que no se especifican por lo que, en definitiva, opera la **cuota mínima** de las condiciones generales.

25. **Cuatro.**- La Tarjeta ha venido funcionando hasta la actualidad, con un saldo pendiente de 4116 € a 30/3/2024. No se han generado comisiones por reclamación de impagos.

26. **Cinco.**- El 22/2/2024, D.^a Adelina presentó **reclamación extrajudicial**, respondida por Caixabank P&C de forma no satisfactoria para la demandante, quien interpuso demanda el 24/4/2024. Sea dicho a efectos de la imposición de costas, la demanda se presenta pasados los 15 días de resolución de reclamaciones por los proveedores de servicios de pago (art. 69 LSP), plazo que es más breve que el general de un mes para otras reclamaciones por consumidores (art. 21.3 LCyU) y, por supuesto, de dos meses para no consumidores (art. 10.3 Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

1. La cuantía del procedimiento no afecta a la clase de procedimiento y régimen de recursos, porque se tramitan varias acciones propias de un **juicio verbal por la materia** (art. 250.1-14^o LEC redacc. RD-ley 6/2023). En consecuencia, no es necesario fijar la cuantía (v. STS 1^a 1213/2023, 25.7).

2. El supuesto es distinto cuando solo se sustancia una acción de **nulidad por usura**, de cuantía determinable (art. 251-8^a LEC; v. AAP Madrid 14^a 96/2023, 14.4) que podría afectar a la clase de procedimiento (ex art. 249.2 LEC) y al régimen de recursos (ex art. 455.1 LEC).

3. En todo caso, sea dicho a efectos de una eventual **tasación de costas**, cuando las acciones provienen del "mismo título" o negocio jurídico (v. interpretación de esta expresión en STS 1^a Pleno 385/2017, 19.6) se aplica, en principio, la regla especial de suma del valor de todas las acciones acumuladas pues todas ellas son de cuantía determinable (art. 252-2^a LEC). Por excepción, al ser la acumulación eventual en este caso (acumulación subsidiaria o eventual propia), prevalece la regla especialísima de la acción de mayor valor (art.



252-1ª[iii] LEC; v. AAP Madrid 14ª 70/2023, 28.3). Aquí lo será cualesquiera de las acciones de nulidad total del Contrato (no las acciones de nulidad parcial por cláusulas singulares) pues todas ellas versan sobre la "sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, [y] su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos" (art. 251-8ª[i] LEC).

4. El " **total de lo debido**" es una manifestación del "interés económico de la demanda" (art. 251 pr. LEC). "Aquí "demanda" se emplea en el sentido de "pretensión", mediante una sustitución del continente al contenido" (CARNELUTTI, *Sistema* II 1938 § 240 a] cit. SAP Madrid 11ª 215/2019, 29.5)".

5. El total de lo debido será el saldo deudor cuando se pretende la **extinción** y liquidación de la relación de financiación (art. 251-8ª[iii] LEC). Distintamente, como aquí, cuando se ataca la **validez o eficacia ex tunc**, el total de lo debido es el capital financiado más los intereses o conceptos accesorios vencidos (art. 252-2ª II LEC).

6. Además, cuando, como sucede normalmente, a la acción de nulidad se le acumula la **acción de restitución** (tesis de la combinación de acciones explicada en AJPI Fuenlabrada 1 9.10.2015 ES:JPI:2015:14A y SAP Madrid 11ª 215/2019, claramente aceptada finalmente, v. SSTJUE 21.3.2024 *Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito)* C-714/22 y *Banco Santander (Comienzo del plazo de prescripción)* C-561/21 y STS 1ª Pleno 857/2024, 14.6), al tratarse de una acumulación accesorio o eventual impropia, se sigue el criterio del mayor valor (art. 252-1ª[iii] LEC), es decir, el mayor valor entre, por una parte, el total debido y, por otra parte, la suma por todos los conceptos que deba ser restituida al prestatario. Cabe precisar que los intereses restitutorios son intereses vencidos.

7. La **contrapretensión eventual del prestamista** (*condictio* recíproca del art. 1303 CC, en su caso modificado por el régimen de restituciones de la Directiva 93/13) no afecta a la cuantía de la demanda (arg. análog. art. 252-5ª LEC; AJPI Fuenlabrada 1 9.10.2015).

II

CONSECUENCIAS CIVILES POR NO EVALUAR LA SOLVENCIA

8. **A) Préstamo responsable.-** En CCD II (ya con valor interpretativo), las " **Normas de conducta en la concesión de crédito al consumidor**" obligan a "un **comportamiento responsable** para evitar prácticas que tengan consecuencias negativas para los consumidores" (cdo. 76 CCD II) por lo que "los Estados miembros exigirán que el prestamista y el intermediario de crédito actúen con honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad y tengan en cuenta los derechos e intereses de los consumidores" (art. 32.1 pr. CCD II).

9. Anteriormente, la normativa de **prácticas comerciales desleales** ya funcionaba "como una "red de seguridad" que garantiza el mantenimiento de un alto nivel común de protección de los consumidores" (cdo. 32 CCD II).

10. En general, las **normas de conducta** "integran el contenido preceptivo de la llamada *lex privata* o *lex contractus* que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos. Se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante - artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio-" (STS 1ª Pleno 243/2013, 18.4; también STS 1ª Pleno 244/2013, 18.4).

11. Además, en torno al concepto de **crédito responsable** se han distinguido deberes más concretos, a saber: (1º) el diseño adecuado del producto; (2º) evaluar la solvencia del cliente (*creditworthiness*); (3º) evaluar la idoneidad del crédito o del producto relacionado para el consumidor (*suitability*) y (4º) trato equitativo del consumidor en dificultades financieras.

12. Centrándonos en el **deber de evaluar la solvencia**, se establece tanto en el interés general del mercado (v. cdos. 26 Directiva 2008/48 y 53 CCD II) como en interés privado. Respecto del interés privado, aunque la Directiva 2008/48 no aclaraba si era en interés primordial del acreedor (reducir el riesgo de crédito) o del deudor (*affordability*), este último es el interés preponderante en los contratos singulares: "dicha evaluación se realizará en interés del consumidor, a fin de prevenir las prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo, y tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por parte del consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito (art. 18.1[iii] CCD II, también cdo. 53-4).

13. **B) Derecho de la Unión .-** El artículo 8 de la Directiva 2008/48 " **Obligación de evaluar la solvencia del consumidor**" preceptúa: "1. Los Estados miembros velarán por que, **antes de que se celebre el contrato de crédito** , el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. [...]. 2. Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que



- disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia **antes de aumentar significativamente** el importe total del crédito".
14. Con posterioridad, CCD II ha añadido un **deber de abstención de dar crédito**: "Los Estados miembros velarán por que el prestamista no ponga el crédito a disposición del consumidor hasta que el resultado de la evaluación de solvencia indique que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan en la forma requerida en dicho contrato, teniendo en cuenta los factores pertinentes a que se refiere el apartado 1" (art. 18.6 CCD II).
15. Recordamos, ante la **excepción de consentimiento** que opone Caixabank P&C, "las disposiciones de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que: - se oponen a una normativa nacional según la cual la **carga de la prueba** del incumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48 corresponde al consumidor, por una parte, y - se oponen a que, en razón de una **cláusula tipo**, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva 2008/48, por otra parte" (STJUE 18.12.2014 CA Consumer Finance SA C-449/13 , 32). Así, "las simples declaraciones no sustentadas de un consumidor no pueden por sí mismas calificarse como suficientes si no las acompañan **documentos acreditativos**" (STJUE Consumer Finance SA, 37 y 39).
16. Además, aunque en sus alegaciones Caixabank P&C se opone a ampliar el **objeto de análisis**, "los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que exigen que el órgano judicial nacional **compruebe de oficio** si se ha producido un incumplimiento de la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8 de dicha Directiva, y **deduzca las consecuencias** que se derivan, en virtud del Derecho nacional, del incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones se atengan a los requisitos del citado artículo 23" (STJUE 5.3.2020 OPR-Finance C-679/18 , 46).
17. Ahora bien, "la presente Directiva no regula cuestiones de Derecho contractual relativas a la **validez de los contratos de crédito**. Por consiguiente, en ese ámbito, los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones nacionales que sean conformes con el Derecho comunitario" (cdo. 30[i] Directiva 2008/48; *sim.* cdo. 58[i] CCD II).
18. **C) Derecho español.-** La "**Responsabilidad en el crédito** y protección de los usuarios de servicios financieros" se introdujo por el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible: "Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente" (art. 29.1[i]; desarrollado en art. 18.2 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ["**Orden EHA/2899/2011**"]).
19. La "**Obligación de evaluar la solvencia del consumidor**" se reitera en el artículo 14 LCCC.
20. Además, la legislación de la UE e interna (también para las tarjetas revolving, según el art. 33 sexies Orden EHA/2899/2011) establece una **obligación dinámica**, que se renueva antes de aumentar significativamente el importe total del crédito. El artículo 14.2 reproduce casi idénticamente el artículo 8.2 de la Directiva 2008/48.
21. Caixabank P&C ha **incumplido** el deber de evaluar la solvencia al inicio del Contrato y también con posterioridad. Desde luego, los datos personales y profesionales de D.^a Adelina que contiene el Contrato no son una evaluación "en profundidad" o "sobre la base de una información suficiente".
22. En España, CIRBE y los **sistemas privados de información crediticia** son valiosas fuentes de información, lo que facilitaría el cumplimiento del deber. Obviamente, la disponibilidad de fuentes de información no permite presumir que la solvencia ha sido efectivamente evaluada lo que, además, invertiría la carga probatoria que grava al prestamista; antes bien, el prestamista, de haber practicado las oportunas averiguaciones, deberá documentar y conservar esta información (art. 18.4 CCD II). Particularmente, "el proveedor de servicios de pago conservará la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales" (art. 44.4 I [ii] LSP; v. STS 1^a 547/2021, 19.7).
23. Con todo, la Directiva 2008/48 y el Derecho español (a diferencia de otros) todavía no impone expresamente la obligación de **abstenerse de dar crédito**, prevista en el artículo 18.6 CCD II y en el caso resuelto en STJUE 6.6.2019 Schyns C-58/18 .



24. Ante la infracción del deber precontractual de evaluar la solvencia, el Derecho español solo prevé **sanciones administrativas** (art. 34 LCCC), hasta ahora puramente teóricas e ineficaces, pero no prevé expresamente una sanción civil específica. Además, "en el expediente sancionador no podrán resolverse las cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley" (art. 34.3 LCCC). Antes bien, el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011 declara (*extra legem*): "La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes". En el mismo sentido, véase la Norma 12ª.3 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

25. Además, las medidas civiles solo pueden contenerse en **ley estatal** pues, como se declaró para el artículo 263-2.4 del Código de consumo de Cataluña, una prohibición de concesión de crédito si el resultado de la evaluación es negativo "introduce una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico" (STC 54/2018).

26. No obstante, interpretamos (v. AA. JPI Fuenlabrada nº 1 31.1.2024 *Bankinter Consumer Finance* C-88/24 ES:JPI:2024:2A y 7.6.2024 *Santander Consumer Finance* C-423/24 ES:JPI:2024:7A) que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia apareja **consecuencias de Derecho privado**, incluyendo especialmente sanciones civiles. "[P]ara que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas derivadas de las infracciones que cometieron [...]. Por último, y sobre todo, tal sanción no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva" (STJUE 10.6.2021 *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* C-303/2020 , 32 y juris. cit.). Ciertamente, la sanción administrativa permitiría privar al infractor de la ventaja obtenida (ex art. 34.2 LCCC en relación con los arts. 98.1 y 99.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), pero no sirve para reintegrar el patrimonio del consumidor (art. 34.3 LCCC).

27. De hecho, el **panorama comparado en Europa** puede consultarse en el documento de la COMISIÓN, *Mapping of national approaches in relation to creditworthiness assessment under Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers* 2018, adscribiéndose España a los países que, aparentemente, solo imponen sanciones administrativas (*lex minus quam perfectae*) frente a otros que prevén consecuencias civiles que oscilan (en la clasificación de ULP., *Liber singularis regularum*, pr. 12), entre la ley perfecta -invalidez con pena, limitando la restitución del prestamista al capital-, la ley menos que perfecta -con sanción civil de privación o reducción de intereses- o la ley imperfecta -sin nulidad o sanción, pero tratando de evitar de otro modo el acto o sus consecuencias concediendo derechos potestativos al consumidor como la anulabilidad, la facultad de desistimiento o también la posibilidad de pedir una indemnización-. También puede consultarse COM, *Study on European consumers' over-indebtedness and its implications* 2023, 210.

28. **D) La privación de intereses convencionales como sanción civil necesaria.** - Esta sanción se contemplaba en la **Propuesta inicial de la Directiva 2008/48**: "Si el prestamista no respetara las disposiciones relativas al préstamo responsable, las sanciones podrán suponer que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito" (art. 31.2 COM/2002/0443 final; desaparecido en COM[2004] 747/final; v. explicación en REIFNER, *Responsible Credit in Eur. L*, ItaLJ 4-2, 2018, 438 ss.).

29. El **Tribunal de Justicia** ha recuperado esta sanción, por vía interpretativa: "El artículo 23 de la Directiva 2008/48 establece, por un lado, que el régimen de sanciones aplicables en el supuesto de infracción de las disposiciones nacionales aprobadas en cumplimiento del artículo 8 de dicha Directiva debe definirse de tal manera que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias y, por otro lado, que los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Dentro de estos límites, la elección del régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros [...] para que una sanción sea efectiva y disuasoria, **es precisoprivar a los infractores de las ventajas económicas** derivadas de las infracciones que cometieron" (STJUE *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 32).

30. "Por lo que respecta, en primer lugar, a la **pérdida del derecho a los intereses**, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que este tipo de sanción, previsto por la normativa nacional, debe considerarse proporcionado, en el sentido del artículo 23 de la Directiva 2008/48, en lo que respecta a los supuestos de incumplimiento, por parte del prestamista, de una obligación que revista una importancia esencial en el contexto de dicha Directiva. [...] Pues bien, como se ha señalado en los apartados 29 y 30 de la presente sentencia, la obligación



de comprobar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48, reviste esa importancia esencial" (STJUE *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 39-40).

31. Esta doctrina ha sido matizada en el sentido de que la Directiva no exige una privación completa de los intereses siempre que la privación de los importes en concepto de intereses sea **significativa**, aunque, en principio, la privación de los intereses convencionales debe ser total. "[E] artículo 23 de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un régimen nacional de sanciones con arreglo al cual, [...], los importes que puede efectivamente percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario" (STJUE 27.3.2014 *LCL Le Crédit Lyonnais* C-565/12 , que no considera disuasorio, en un caso de vencimiento anticipado, sustituir los intereses convencionales por intereses procesales a un tipo legal incrementado en cinco puntos desde la condena al prestatario al pago de los importes aún adeudados). Aunque, como orientación, la privación debe ser " **en principio total** , del derecho a los intereses" (STJUE 9.11.2016 *Home Credit Slovakia* C-42/15 , 64 con cita de la anterior *LCL Le Crédit Lyonnais*).

32. En **nuestro Derecho**, a falta de sanción expresa, el efecto de la privación de intereses cabe sustentarlo en las acciones de nulidad (si se asume esta posibilidad, v. *infra* G]), en la acción de indemnización o en la acción de enriquecimiento, pero, como explicamos, la privación de todos los intereses convencionales al prestamista solo queda garantizada con algunas restricciones o modulaciones sancionadoras.

33. Los remedios anteriores no son estancos. Son compatibles la anulación y la indemnización (incluida la rescisión) de un contrato por culpa in *contrahendo* (PECL 15:105 y DCFR II 7:304; et. BGH 26.09.1997 V ZR 29/96). También son acumulables las acciones de nulidad por "conductas contrarias" -cláusulas o prácticas- a la LCCC y la acción de indemnización (por analogía con la acción de cesación del art. 36 LCCC), así como la nulidad por abusividad de conductas o cláusulas y la indemnizatoria (art. 53 III LCyU). Las acciones de enriquecimiento e indemnizatorias son interferentes (STS 1ª 1348/2006, 29.12; et. SAP Madrid 11ª 235/2017, 21.6). Por último, las restituciones pueden ser la consecuencia accesoria de la nulidad del contrato y de sus prestaciones (*condictio indebiti* por prestación del art. 1303 CC; también arts. 36 LCCC y 53 III LCyU).

34. **da) La vía indemnizatoria.**- Puede constituir daño el mismo **contrato indeseable** si a él se ha inducido contra las buenas costumbres o **deslealmente** (arg. BGH 21.12.2004 VI ZR 306/03; 28.10.2014 VI ZR 15/14 reconociendo la restitución *in rem*; 25.5.2020 VI ZR 252/19 y 06.07.2021 VI ZR 40/20) o también el perfeccionado por la infracción culpable de una **norma de protección** del consumidor, que proteja su libertad de autodeterminación económica (arg. BGH 26.06.2023 VIa ZR 335/21 con presunción de culpa salvo error de prohibición inevitable). Además, siendo el daño antijurídico el propio contrato o el sobrepago abonado, la inducción dolosa o contraria a normas tuitivas impedirá que el prestamista pueda oponer la irrelevancia de la falta de evaluación de solvencia porque, en su caso, el prestatario fuera solvente -pueda cumplir regularmente y con sus medios ordinarios la devolución del préstamo-.

35. El daño indemnizable, como regla general, se evalúa **comparando** la situación causada por el hecho que genera la responsabilidad con el escenario contrafáctico (sobre el principio de la diferencia, v. SAP Madrid 10ª 631/2023, 13.11 y las que cita). El daño se mide por el interés negativo o de preservación del *status quo* (*Erhaltungsinteresse*) y no por el interés de cumplimiento o de prestación (*Erfüllungsinteresse*). La finalidad de la indemnización es reponer al perjudicado en la situación que tendría si el ilícito no se hubiera producido (*sim*. PETL 10:101 y DCFR VI 6:101; SSAP Madrid 9ª 291/2021, 3.6; Madrid 9ª 382/2021, 16.7 y las que cita). El daño surge de una comparación entre las ventajas y desventajas del contrato celebrado, pero bajo una **evaluación normativa** (BGH 25.5.2020 VI ZR 252/19), que permite dar entrada a criterios de atribución, como la finalidad de protección de la norma y el principio *nemo auditur*. Matizamos que, "sin embargo, el daño diferencial no tiene por qué ser necesariamente inferior al interés positivo de la parte perjudicada en la ejecución del contrato. De este modo, se reconoce que, en el supuesto de que el perjudicado pruebe que, de no haberse producido el acto de engaño que dio lugar a la celebración del contrato, habría celebrado otro contrato más favorable -con el vendedor o con un tercero-, puede exigir en última instancia el interés de cumplimiento, debido a que, en ese caso excepcional, el perjuicio corresponde al interés de cumplimiento" (BGH 18.01.2011 VI ZR 325/09 y 06.07.2021 VI ZR 40/20).

36. Entonces, el prestatario que accede al préstamo irresponsable puede elegir entre dos **opciones** de indemnización:

37. (1ª) Puede exigir ser indemnizado mediante la **rescisión del contrato** . Entendemos aquí el término "rescisión" como modalidad de ineficacia que opera sobre los contratos válidamente celebrados para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (CASTRO, *El negocio jurídico* 1967 § 586). "[L]a rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas



circunstancias, en general, un agravio jurídico económico que obstan a su eficacia" (STS 1ª 48/1943, 17.4; *sim.* SSTS 1ª 740/2012, 12.12 hasta 488/2016, 14.7). El daño experimentado es el propio contrato, que habrá de ser rescindido y liquidado. Se trata de una reparación específica por los "grandes daños" (*großen Schadensersatzes*). En efecto, "la reparación puede ser en dinero (compensación) o de otro modo, como sea más apropiado, considerando la clase y extensión del daño sufrido y todas las demás circunstancias del caso (DCFR VI 6:101[2]; también PETL 10:104; igualmente, sobre las alternativas de la reparación *in valorem* o *in rem*, v. SAP Madrid 9ª 382/2021, 16.7 y las que cita).

38. (2ª) En su lugar, el prestatario puede adherirse al contrato y exigir una indemnización por el **sobrepago** pagado a causa de la infracción de la contraparte, en el momento de la celebración del contrato (los llamados "pequeños daños" [*kleinen Schadensersatz*] o "daños diferenciales"). El daño es la diferencia entre el valor objetivo de ambas prestaciones, por un lado, la cesión del capital recibido cuyo valor no alcanza, por otro lado, el importe total desembolsado. En esta evaluación objetiva del daño, podría ser útil una comparación con precios de mercado.

39. Finalmente, en el sistema general (no sancionador), procedería la **computación de los beneficios** del prestatario por el uso del capital (*compensatio lucri cum damno*). En el caso de la nulidad o rescisión, en principio, se compensarían los intereses recibidos por el prestamista con el uso del capital durante la vigencia del contrato (BGH 16.09.2021 VII ZR 192/20; cf. STS 1ª 288/2020, 11.6 que obliga a restituir al financiador la carga financiera de las cuotas); mientras que, en el caso de reclamarse daños diferenciales manteniendo el contrato, se computarían las ventajas concretas del uso del capital que objetivamente excedan el valor del préstamo recibido (BGH 24.01.2022 VIa ZR 100/21 y 26.06.2023 VIa ZR 335/21).

40. En lo anterior, se comprueba que la acción de indemnización es **imperfecta**. La indemnización no sería disuasoria si de la indemnización excluimos los intereses abonados por el prestatario, o limitamos la indemnización al sobrepago pagado en relación con el interés normal del mercado. Ciertamente, en el caso de rescisión del contrato, en una evaluación normativa, podría excluirse la computación de ventajas considerando que, ante la infracción de su deber por el prestamista, no es justo y razonable considerar el lucro del prestatario -normalmente, el ahorro de la financiación alternativa- (arg. DCFR VI 6:103[1]; cit. SAP Madrid 11ª 388/2019, 20.11 y *juris. cit.*).

41. **db) La restitución por conducta ilícita.**- Además, podrá privarse al prestamista de su beneficio ilícito por no evaluar la solvencia, mediante una **acción de enriquecimiento**. "Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro" (POMP. Dig. 50.17.206), luego "a ninguna persona se le permite beneficiarse de su propio ilícito" (v. *infra* el principio *nemo auditur*). A tal efecto, se concede la acción de enriquecimiento por conducta ilícita (*condictio ob iniustam causam*) o, más específicamente, una *condictio* por intromisión en los intereses legalmente protegidos del prestatario (DCFR VII 4:101[c]). El Derecho de enriquecimientos es el Derecho de los beneficios o de la "responsabilidad basada en beneficios" (con mejor sistemática que con una acción de indemnización exorbitada para obtener el *disgorgement of profits* [como en PETL 10:103 y DCFR VI 6:101[4]). El prestatario podrá reclamar en la medida del enriquecimiento obtenido a sus expensas (*in quantum locupletiores sunt*).

42. Análogamente a la acción de indemnización, la **restitución del enriquecimiento** puede producirse mediante la rescisión del contrato (*in rem*) o pagando el valor monetario del enriquecimiento (*in valorem*), pero, no obstante, la rescisión sería el remedio preferente (arg. DCFR VII 5:101[1] cit. SAP Madrid 14ª 292/2022, 6.7). Esta retroacción del contrato también plantea la objeción de ser la acción imperfecta por la *condictio* recíproca que ostentaría el prestamista contra el prestatario. Además, conforme al Derecho de enriquecimientos general, el prestamista podría optar, siempre que la rescisión del contrato supusiera un esfuerzo o gasto irrazonables (arg. DCFR VII 5:101[2]), por una restitución en dinero al prestatario del componente lucrativo del interés, salvando para el prestamista el componente compensatorio del interés retributivo -el que compensa el riesgo de crédito y la fluctuación del valor del dinero en el tiempo (v. SAP Madrid 10ª 631/2023, 13.11 cit. SAP Madrid 11ª 234/2017, 21.6)-. Pero esta facultad general debilitaría el carácter disuasorio de la sanción.

43. **E) Conservación del beneficio del pago fraccionado.** - "Seguidamente, por lo que se refiere al **fraccionamiento de la ejecución** del contrato, esta medida puede permitir tener en cuenta la situación del consumidor y evitar que este quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales" (STJUE *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 41 y *juris. cit.*; p. ej., en Derecho francés, art. L 341-8 Code de la consommation).

44. Por analogía, si "el juez nacional no pudiera sustituir una cláusula abusiva por una **disposición supletoria de Derecho nacional** y se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio



el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca" (STJUE 25.11.2020 *Banca B. C-269/19* , 34 y juris. cit.).

45. En **nuestro Derecho**, la conservación del beneficio del plazo para el prestatario, esto es, el pago "en los plazos convenidos", puede fundamentarse en una aplicación analógica (*analogia legis*) del artículo 21 LCCC.

46. En un **crédito de duración indefinida**, sin perjuicio del derecho a la denuncia del contrato (v. arts. 27.2 LCCC y 32.4 LSP, también conforme al Derecho nacional, v. cdo. [33] fin Directiva 2008/48 y art. 32.6[iii] LSP transp. art. 55.5 PSD), el plazo convenido se puede fijar, indirectamente, para la modalidad de pago habitual, a partir de la cuota o del porcentaje de amortización pactados y hasta la completa amortización del saldo. En su caso, los plazos convenidos estarán contemplados directamente en las operaciones sujetas a modalidades especiales de pago (aplazado o fraccionado).

47. Finalmente, el fraccionamiento de la ejecución no es una sanción necesaria si no se derivan para el prestatario **consecuencias especialmente perjudiciales**. Estas consecuencias suelen ser menos graves en los créditos revolventes que en otra clase de préstamos, como los personales de financiación de bienes muebles o los préstamos con garantía real. Además, con la privación de intereses, normalmente no se apreciarán tales consecuencias especialmente perjudiciales porque la diferencia entre el nominal recibido y las cuotas abonadas será suficientemente reducida, luego la liquidación puede ser inmediata, sin un *shock* financiero para el prestatario (v. por analogía SAP Madrid 10ª 19/2024, 17.1).

48. **F) Aplicación conjunta de otras sanciones.** - "Por último, para cumplir las exigencias establecidas en el artículo 23 de la Directiva 2008/48, el órgano jurisdiccional remitente puede proceder a una **aplicación conjunta de esta última con la Directiva 93/13** , para, en su caso, llegar a la conclusión de que las cláusulas relativas a **gastos exorbitantes** no obligan al consumidor. [...] Al hacerlo, debe comprobar si la aplicación de la sanción prevista por la Directiva 93/13 no es menos ventajosa para el consumidor que una mera sanción que consista en la privación del derecho a los intereses, prevista por la normativa nacional en aplicación del artículo 23 de la Directiva 2008/48" (STJUE *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 42-3 y juris. cit.).

49. En consecuencia, además de la privación de los intereses pactados por no evaluar la solvencia, debemos enjuiciar el cumplimiento de la Directiva 93/13 para, en su caso, privar de los intereses pactados con doble fundamento y, adicional y eventualmente, declarar el carácter abusivo de los gastos exorbitantes -comisiones, penalizaciones y otros gastos-.

50. **G) La cuestión de la nulidad.-** El artículo 23 de la Directiva 2008/48 configura un **régimen especial de sanciones** que, en interpretación vinculante del Tribunal de Justicia, determina la privación (o reducción significativa) de intereses del prestamista y la posible conservación del fraccionamiento del préstamo, sin perjuicio de una eventual aplicación conjunta con las sanciones de la Directiva 93/13.

51. Una declaración de **nulidad** del Contrato por no evaluar la solvencia tendría similar efecto en cuanto a la privación de intereses, pero, adicionalmente, implicaría la restitución de los gastos y otros conceptos accesorios cargados al prestatario.

52. "Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, cuando el prestamista ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del consumidor, ese prestamista sea sancionado, de conformidad con el Derecho nacional, con la **nulidad** del contrato de crédito al consumo y la pérdida de su derecho al pago de los intereses pactados, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en su totalidad por las partes y el consumidor no haya sufrido consecuencias perjudiciales a causa de ese incumplimiento" (STJUE 11.1.2024 *Nárokuj C-755/22*).

53. Este nulidad en aplicación del Derecho nacional, si fuera procedente, puede quedar **eclipsada** por la no vinculación en aplicación de la Directiva 93/13, que cuenta con un *corpus* jurisprudencial claro en materias tales como las restituciones, la prescripción y las costas.

54. **ga) El Derecho nacional vigente.-** El artículo 5.2, inciso 1º LCCC dispone: "La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores y los **actos contrarios** a la misma son nulos. Los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil". Diversamente (antinomía parcial unilateral), el artículo 6.3 del **Código Civil** declara: "Los **actos contrarios** a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, **salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención** ". La expresión "actos contrarios" es coincidente en la LCCC y en el Código Civil luego, por constancia terminológica, la interpretación jurisprudencial debería ser la misma (también para la nulidad del art. 3 II fin LCDSF).



55. En los antecedentes legislativos (con valor interpretativo ex art. 3.1 CC), con mejor técnica, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (" **Ley 7/1995**"), en su Exposición de Motivos distinguía entre el cumplimiento de normas de naturaleza administrativa, con sanciones administrativas (art. 5) y el carácter semiimperativo del régimen de las obligaciones y contratos, sancionado con la invalidez (art. 3). En consecuencia, solo preveía la posible nulidad parcial del **contenido del contrato**: "No serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley , salvo que sean más beneficiosos para éste" (art. 3).

56. La **aplicación irrestricta** del artículo 5.2 LCCC, arrojando a la nulidad todo contrato que infringiera de algún modo la profusa normativa de crédito al consumo, alteraría desproporcionadamente la estabilidad y confianza del mercado del crédito, en perjuicio no solo de los acreditantes sino también de los acreditados, además con el absurdo y pernicioso efecto de imponerse la nulidad a la propia voluntad del prestatario (*velis nolis*). El artículo 5.2 es una norma que presenta una " **deficiencia**" (en términos del original art. 16 CC) pues la imperatividad de la Ley también se salvaguarda con la nulidad parcial, distinguiendo en gradación semántica el acto contrario -"cosa que se muestra completamente diferente a otra o se encuentra en el otro extremo"- y el meramente disconforme y, en fin, cuando la nulidad sea total por afectar a una obligación esencial del prestamista (como es esencial la obligación de evaluar la solvencia) y el acto radicalmente contrario (como sucederá cuando se transponga el deber de abstenerse de financiar sin una evaluación positiva de solvencia), modulando los efectos de la nulidad.

57. Además, *arguendo*, la propia LCCC sería incoherente al prever **efectos civiles distintos** por algunas contravenciones. Por ejemplo, "el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12, dará lugar a la anulabilidad del contrato" (art. 7.2 LCCC) o "podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española" (art. 9.4 LCSFD), lo que se interpreta sistemáticamente también como anulabilidad (*prob.* SAP Madrid 14^a 299/2024, 18.7). O el artículo 21 LCCC penaliza la "falta de forma" y la "omisión de cláusulas obligatorias" con sanciones civiles de anulabilidad (*annulment*) o de inexigibilidad parcial (*partial unenforceability*) (distintas a la nulidad [*absolute nullity*]).

58. La **jurisprudencia** matiza la sanción de nulidad, acudiendo a los principios de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), el de cumplir los pactos (art. 1091 CC) y el de la seguridad jurídica. Así, el artículo 6.3 del Código Civil (*ant.* art. 4 CC y, análogamente, art. 5.2 LCCC; *ant.* *Lex Non dubium* [C. 1.14.5]) "se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales en relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia o el problema que se suscita recaiga en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de este artículo. [...] la generalidad de lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo cuarto del Código Civil, impone pues la precisión en cada caso concreto, de analizar las circunstancias del acto o contrato, cuya nulidad se postule, ya que sólo podrá accederse a la misma, por regla general, [...], en cualquiera de los casos siguientes: Primero. Que exista precepto específico de la Ley que imponga la nulidad *per se* del acto o contrato [...]. Segundo. Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la Ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trata [...]. Tercero. Cuando la materia, objeto de finalidad del acto impliquen un fraude de la Ley, sean atentatorias a la moral o supongan daño o peligro para el orden público, a todo lo que se refiere el artículo 1.255 del Código Civil determinando la concurrencia de lo que él mismo califica de "causa torpe" (artículo 1.306)" (STS 1^a 712/1965, 2.11 y juris. cit.; *ant.not.* SSTS 1^a 22/1944, 19.10 hasta ATS 1^a rec. 4779/2019, 19.1.2022). "Cuando el acto contraría o falta a algún precepto legal (pero respecto de él no se ordena mantener su validez o no se establece específicamente su nulidad) el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público" (SSTS 1^a 384/2007, 10.4; 595/2011, 20.7; 12/2022, 12.1 y juris. cit.; *et.* 318/2005, 9.5 y 981/2007, 27.9). "Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula" (STS 1^a 639/1987, 17.10 y juris. cit.; también por la nulidad parcial STS 1^a 861/2006, 25.9). "[L]a nulidad prevista en el art. 6.3 del Código Civil se aplica cuando se trata de un contrato cuyo contenido es contrario a la ley" (STS 1^a 163/2021, 23.3).



59. En el mismo sentido, la **doctrina clásica** recordaba que no es suficiente "una mera disparidad o no conformidad entre la ley y el acto, sino una verdadera contradicción jurídica entre ambos. [...] sería un grave error deducir la nulidad automáticamente del mero hecho de que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté en parte o en su conjunto prohibido por una ley. No debe olvidarse que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, para que la nulidad se produzca de modo inmediato y necesario será preciso que la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, que lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, bastantes casos en los que la ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad; así como ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia de la misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral" (CASTRO, *Derecho civil de España I* 1949, 537-8 proponiendo igualmente la nulidad parcial y la separación entre el acto preparatorio y su resultado; también CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral I-1º2* 2005, 615). Debe ser "lícito colegir de la voluntad de la ley lo demás como si estuviera expreso, esto es, que si se hubiese hecho lo que por la ley se prohíbe hacer, no solo se tenga por inútil [*inutilia*], sino también por no hecho [*pro infectis*]" (C. 1.14.5).

60. Otras argumentaciones a favor de la validez no parecen decisivas. Particularmente, la jurisprudencia descarta el remedio de la nulidad absoluta por infracción de las **normas de conducta en el mercado de valores** (STS 1ª 558/2019, 23.10 y juris. cit. hasta STS 1ª 1686/2023, 4.12), pero bajo la consideración, a diferencia de la Directiva 2008/48, de que el Tribunal de Justicia no ha querido precisar las posibles consecuencias contractuales de la infracción de las Directivas MiFID (v. SSTJUE 30.5.2013 *Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos C-604/11*, 57 y 3.12.2015 *Banif Plus Bank C-312/14*, 79).

61. Tampoco es admisible el argumento de que **toda sanción administrativa excluye la civil**. "[L]a jurisprudencia actual de esta Sala no permite seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva" (STS 1ª Pleno 878/2008, 10.10 seguida por otras). Antes bien, "[e]n el caso de incumplimiento de requisitos de carácter administrativo, la jurisprudencia de esta Sala admite que el acto o contrato celebrado por los particulares en sentido contrario a una disposición de esta naturaleza puede ser compatible con el mantenimiento de los efectos económicos del mismo entre las partes interesadas, cuando éstos sean susceptibles de ser considerados como integrantes de un sustrato independiente del cumplimiento de la norma administrativa. [...] Sin embargo, cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez" (STS 1ª 861/2006, 25.9), luego "la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma" (STS 1ª 12/2022, 12.1 y juris. cit.). El artículo 6.3 del Código Civil solo excluye la nulidad si está previsto un "efecto (civil) distinto", no si están previstas sanciones administrativas. Como ejemplo afín, la Ley de Usura combina sanciones civiles con administrativas. "[T]ales sanciones [administrativas] no pueden garantizar por sí solas de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva" (SSTJUE *OPR-Finance*, 38 y *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 32).

62. **gb) El Derecho nacional que viene.**- Desde luego, la nulidad será adecuada cuando el Derecho nacional culmine la transposición de la obligación de abstenerse de dar crédito sin una evaluación de solvencia (art. 18.6 CCD II), pues el contrato solo existiría por haberse conculcado directamente la norma. El deber de abstención ya existe en otros Ordenamientos y en el artículo 11.5 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (transp. art. 18.5 a] Directiva 2014/17).

63. Además, la nulidad (modulada) no será una solución irrazonable porque existe un **interés general del mercado** en prácticas de préstamo responsable, esto es, la evaluación de solvencia igualmente protege el interés público económico.

64. Alguna doctrina ha postulado que la nulidad solo sería una sanción civil adecuada en protección del **prestatario insolvente**, no para el solvente. Retomando el "criterio flexible" (ponderación) de la doctrina clásica científica y jurisprudencial, se argumenta que la nulidad sería una sanción que incentivaría desproporcionadamente el oportunismo (riesgo moral) del prestatario solvente, de forma quizá innecesaria porque el interés general en el préstamo responsable estaría ya suficientemente protegido por la sanción administrativa. No obstante, el Tribunal de Justicia no acepta el distingo y, al modo de un ilícito de riesgo, hace abstracción de la situación del prestatario con fundamento en la doble finalidad perseguida por el artículo 8 de la Directiva 2008/48: "la responsabilización de los prestamistas y la prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos al consumo contribuyen de manera esencial al buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo. Dado que esas finalidades son independientes de la situación o del



comportamiento de un consumidor concreto, no se alcanzan por el mero hecho de la ejecución íntegra del contrato de crédito celebrado por este. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar el incumplimiento, por parte del prestamista, de la obligación que le incumbe en virtud del artículo 8 de la Directiva 2008/48 y podría privar a esta disposición de su efecto útil. [...] En efecto, estos podrían de este modo ser incentivados a no realizar una evaluación sistemática y exhaustiva de la solvencia del conjunto de los consumidores a los que conceden créditos, lo que sería contrario a las finalidades de responsabilización de los prestamistas y de prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos a consumidores. Además, tal interpretación podría menoscabar el carácter realmente disuasorio de la sanción prevista" (STJUE *Nárokuj*, 36 y 49).

65. Literalmente, cuando nuestro Ordenamiento **prohíba dar crédito** sin evaluación de solvencia, la concesión del préstamo será un acto *contra legem*, subsumible en el artículo 5.2 LCCC (salvo que el Legislador decida establecer expresamente una sanción civil distinta). Entonces, además, el artículo 5.2 LCCC deberá ser objeto de una interpretación conforme con el objetivo de la Directiva 2008/48, que no permitirá eludir la nulidad (sobre interpretación conforme en materia de evaluación de solvencia, STJUE *OPR-Finance*, 41).

66. **gc) Consecuencias de la nulidad.**- La nulidad por infracción del deber de evaluar la solvencia debe recibir el tratamiento propio de los **contratos meramente ilegales**, con (i) nulidad absoluta, (ii) limitada por la voluntad del consumidor y (iii) con efectos modulados por la finalidad de la evaluación de solvencia.

67. (i) Propiamente, se trata de una **nulidad absoluta** o de pleno derecho, apreciable de oficio e imprescriptible, porque salvaguarda intereses también públicos, aunque pueda prescribir la acción de restitución (v. SSTJUE 25.4.2024 *Caixabank (Plazo de prescripción)* C-484/2021 y *Banco Santander (Comienzo del plazo de prescripción)*).

68. (ii) Sin embargo, al no ser una nulidad de orden público o contraria a principios fundamentales, puede quedar a expensas de la **voluntad del consumidor**. "[E]n el caso de una sanción como la nulidad del contrato de crédito, con la consiguiente obligación de restituir el principal, cabe precisar que, cuando la voluntad del consumidor sea contraria a la aplicación de esa sanción, debería tenerse en cuenta su opinión" (STJUE *OPR-Finance*, 35 y juris. cit.).

69. Se trata de una "**nulidad tuitiva**" (*nullità di protezione, protective nullity*; v. Conclusiones 6.12.2011 *Invitel* C-472/10 n. 54 y Conclusiones 14.2.2012 *Banco Español de Crédito* C-618/10 n. 87; *ant. "pro se indocta sunt"* de C. 2.3.29; también en Italia Cass, Se Un 4.11.2019 n 28314). "No conozco regla del derecho que tenga por fin obligar al individuo a conseguir su bienestar contra su propia voluntad, en su propio interés; cuando esto sucede, en apariencia, es siempre el interés de la sociedad el que se halla en juego" (IHERING, *Der Seco im Recht* 1877 § 220). "No queremos que lo que se estableció en favor de algunos, se considere introducido en ciertos casos para lesión de los mismos" (C. 1.14.6).

70. Esta figura se aproxima a, pero no es plenamente coincidente con, la "nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellas personas en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía" (STS 1ª 986/1988, 17.12 y juris. cit.; en general, sobre la distinción entre nulidad absoluta y relativa, SSTS 1ª 186/1969, 20.3; 406/2001, 25.4; Pleno 1/2021, 13.1 y 919/2021, 23.12 y juris. cit.; en algunos Ordenamientos denominada "ineficacia relativa" o, en la doctrina, "nulidad limitada"; v. también Conclusiones 7.5.2009 *Martín* C-227/08, 51 y 30.1.2020 *Ibercaja Banco* C-452/18, n. 29). "[L]a dicción legal de "serán nulas" que emplea el legislador y que tanto énfasis obtiene en el recurso, porque con ello se alude al modo de expresarse los preceptos legales que lo es con "mandatos" no con meras admoniciones, independientemente del contenido interno comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa) en el decir tradicional de nuestro sistema, cuya falta de rigor técnico, bien conocida, se constata en el propio Código" (STS 1ª 29.1.1983 RA 1983\398). "[P]ir un sector doctrinal se admite una interpretación más amplia comprendiendo entre otros el del *Nemo auditur* -"nemo propriam causam turpitudinem allegare potest"-, de modo que no puede invocar la nulidad la parte contractual que voluntariamente ha creado la causa, conforme al art. 1306 CC" (STS 1ª 173/2009, 18.3).

71. (iii) Finalmente, en cuanto a la **modulación de efectos**, tras la transposición (correcta) de CCD II, el préstamo sin o contra la evaluación de solvencia será, conforme a las propuestas internacionales de armonización, un **contrato ilegal por infracción de normas imperativas** (v. un caso similar en PECL 15:104 ejemplo 3). Acto ilegal (*contra legem*) es el contrario a norma imperativa o prohibitiva que no infringe un principio fundamental. Son actos ilícitos con un menor grado de antijuridicidad por lo que reciben un tratamiento más flexible. En defecto de prescripción expresa de la norma infringida (*sanctio*), las partes pueden acudir a los remedios razonables en las circunstancias. A tal efecto, la decisión que alcance el tribunal debe ser "una respuesta apropiada y proporcionada a la infracción, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes, incluyendo: (a) la finalidad de la norma que haya sido infringida; (b) la condición de las personas para cuya protección la norma existe; (c) cualquier sanción que pueda ser impuesta por la infracción de la norma; (d) la

gravedad de la infracción; (e) si la infracción fue intencional; y (f) la cercanía de la relación entre la infracción y el contrato" (PECL 15:102 y DCFR II 7:302).

72. El Derecho interno también permite **modular la nulidad** (arg. análogo. 21.4 LCCC; analogía en la modulación de la nulidad que no constituye analogía en la sanción contra art. 4.2 CC). "En los casos en que se establece específicamente la nulidad del acto contrario a la disposición legal, o esta consecuencia es inherente a su naturaleza y contenido, los efectos de esta sanción legal tampoco revisten carácter absoluto, sino que, mediante la adecuada interpretación de la ley, deben modularse, si resulta procedente, en función de la finalidad prevista en el precepto contrariado y, específicamente, de los derechos o intereses que se trata de garantizar, pues la declaración de nulidad no puede tener un carácter desproporcionado en relación con el objeto de la norma que trata de salvaguardarse frente al arbitrio individual mediante tan extremada sanción" (STS 1ª 384/2007, 10.4).

73. En la medida en que la aplicación de la sanción de nulidad "conduce a que el prestamista **ya no tenga derecho a los intereses y gastos pactados**, dicha sanción está en consonancia con la gravedad de las infracciones que reprime y, en particular, produce un efecto realmente disuasorio" (STJUE *OPR-Finance*, 30; *sim.* para los intereses STJUE *Nárokuj*, 48).

74. De modo análogo al préstamo usurario y al régimen de restituciones de la Directiva 93/13, se convierte la deuda contractual en una **deuda de suma** (sin intereses), limitada a la restitución del principal o nominal recibido (sin gastos).

III

CONTROL DE INCLUSIÓN

75. Como **pretensión principal**, la demandante suplica la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios (cláusula 5ª) y el sistema de amortización revolving (cláusula 2ª) por no superar los controles de incorporación y/o transparencia.

76. Examinado el Contrato en soporte digital (con la herramienta gratuita de medición de PDFs), las **condiciones particulares** relativas al tipo deudor y la TAE sí son normativamente legibles.

77. Distintamente, las **condiciones generales** relativas a los intereses ordinarios y al sistema de amortización inciden en el defecto de letra parva, por ser normativamente ilegibles (1,36 mm.). "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: [...] b) Las que sean ilegibles [...]" (art. 7 LCGC). Entre los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente se exige el de "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 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" (art. 80.1 b), ampliado a 2,5 mm. por L. 4/2022; *a sensu contrario*, en contrato previo a la Ley 3/2014, STS 1ª 151/2024, 6.2). A falta de mayor precisión tipométrica, la Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios se guía por "el tamaño mínimo del óvalo o cuerpo central de la letra". Distintamente, con la nueva regulación "en una interpretación armónica con el Reglamento (UE) 2018/34 y si tomamos los tipos de letra más extendidos (p. ej. Arial o Times New Roman), una de las medidas que más se ajusta a los actuales 2.5 mm es la altura de las mayúsculas a tamaño 11 puntos" (ampliamente y por las razones allí expuestas, SAP Madrid 10ª 679/2023, 30.11 y las que cita).

78. Esto supone no tener por incorporadas las "condiciones de aplicación de dicho tipo [deudor]" (art. 16.2 f) LCCC), "las hipótesis utilizadas para calcular dicho porcentaje [TAE]" (art. 16.2 g) LCCC) y "el importe, el número [...] de los pagos que deberá efectuar el consumidor" (art. 16.2 h) LCCC).

79. Como **consecuencia legal** del último de los defectos señalados, "la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos" (art. 21.3 I LCCC). La respuesta es coincidente con la sanción por no evaluar la solvencia, luego ha de privarse al prestamista de intereses conservando el prestatario los plazos, con fundamento doble.

IV

CONTROL DE TRANSPARENCIA

80. **A) Doctrina general.** - "En los casos de contratos en 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" (art. 5[i] Directiva 93/13).

81. "Por lo que se refiere, en primer lugar, al concepto de " **transparencia**" en el contexto de la Directiva 93/13, es preciso señalar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales constituye una regla



general aplicable a la redacción de las cláusulas utilizadas en los contratos celebrados con los consumidores. [...] esta exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una **situación de inferioridad** respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, debe interpretarse de manera extensiva [...]. En consecuencia, la referida exigencia de transparencia implica la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano **formal** y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en **condiciones de comprender** el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras" (STJUE 4.7.2024 *Caixabank y otros (Control de transparencia en la acción colectiva)* C-450/22 , 34, 36 y 37 y juris. cit.; similar distinción entre la transparencia formal y la material desde STS 1ª Pleno 241/2013, 9.5, recibida en STJUE Gran Sala 21.12.2016 *Gutiérrez Naranjo* C-154 y C-307/15 ; ant. STJUE 30.4.2014 *Kásler y Káslerné Rábai* C-26/13 , para mayor ilustración, en este asunto, Conclusiones del Abogado General 12.2.2014).

82. Esto supone "la obligación del juez nacional de comprobar, en el marco de una **acción individual**, si se comunicaron al consumidor **todos los elementos** que pueden incidir en el alcance de su compromiso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la celebración del contrato y tomando en consideración la puesta a disposición, **antes de la celebración** de ese contrato, de la información relativa a las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración" (STJUE *Caixabank y otros (Control de transparencia en la acción colectiva)*, 40 y juris. cit.). "Es jurisprudencia asentada que el carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de **todos los aspectos de hecho** pertinentes, entre los que se cuentan la **publicidad** y la **información** ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo" (STJUE 16.3.2023 *Caixabank (Comisión de apertura de préstamo)* C-565/21 , 33 y juris. cit.).

83. "Por lo que respecta al **momento** en que dichos elementos deben ponerse en conocimiento del consumidor, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, **antes de la celebración** de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. [...] para que el consumidor, conforme al objetivo perseguido por la citada exigencia de transparencia, pueda decidir con conocimiento de causa si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional, debe necesariamente, antes de tomar tal decisión, haber tenido conocimiento de la **totalidad de dicho contrato** , ya que es el conjunto de las cláusulas de este el que determinará, en particular, los derechos y obligaciones que corresponden al consumidor en virtud del mismo contrato" (STJUE 20.4.2023 *Ocidental - Companhia Portuguesa de Seguros de Vida* C-263/22 , 27 y 30; et. STJUE 13.7.2023 *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)* C-265/22 , 51).

84. "[E]l carácter transparente de una cláusula contractual [...], deben examinarse tomando en consideración la percepción del **consumidor medio**, al que se define como normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. [...] De forma análoga al concepto genérico de "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, que tiene carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trate, o de la información de que dicha persona realmente disponga [...], el empleo de un criterio de referencia abstracto para el control del carácter transparente de una cláusula contractual permite evitar que ese control dependa de que concurra un conjunto complejo de factores subjetivos que resulta difícil, cuando no imposible, demostrar" (STJUE *Caixabank y otros (Control de transparencia en la acción colectiva)*, 48-9).

85. El control de transparencia no es asimilable al del **error-vicio**, que es más exigente y, además, la acción de anulación se somete a un plazo de caducidad. "Los Códigos regulan los vicios de consentimiento y la premisa de partida no es el desequilibrio entre profesional y consumidor sino el de negociación entre iguales que deben autoprotgerse (*caveat emptor*)" (SSAP Madrid 10ª 35/2024, 24.1; Madrid 11ª 132/2019, 20.3 y Madrid 20ª 299/2024, 18.7 y las que citan; sobre las diferencias de control, v. SSTS 1ª Pleno 367/2017, 8.6 y 558/2017, 16.10).

86. Finalmente, sobre la **relación entre transparencia y carácter abusivo**, la falta de transparencia es una **condición relevante** del carácter abusivo de la cláusula, pero no es condición suficiente y solo es necesaria cuando la cláusula afecta a la definición del objeto principal del contrato. "[L]a transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva [...]. En cambio, del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva se deduce



que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo" (STJUE 13.7.2023 *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)* C-265/22 , 66 y juris. cit.; *sim.* STJUE *Ocidental - Companhia Portuguesa de Seguros de Vida*, 40; *et.* STJUE *Banco Santander (Comienzo del plazo de prescripción)*, 51; también SSTS 1ª Pleno 585/2020, 6.11; 595/2020, 12.11; 596/2020, 12.11; 597/2020, 12.11 y 598/2020, 15.11 y juris. cit. salvo considerarlo condición suficiente cuando entrañan engaño u ocultación de graves riesgos; *not.* Conclusiones del Abogado General *Lovasné Tóth* C-34/18, 87-9 y, recordando la tramitación de la Directiva, Conclusiones 13.9.2010 *RWE Vertrieb*, 62-3).

87. Aunque, en línea con el principio de armonización parcial y mínima (art. 8 y cdo. 12 Directiva 93/13; STJUE 3.9.2020 *Profi Credit Polska* C-84/19 , 84), el **Derecho nacional** puede equiparar la falta de transparencia con la abusividad (como en § 307.1[iii] BGB; v. matices en BGH 10.02.2016 - VIII ZR 137/15). Así, el artículo 83 II LCyU (redacc. L. 5/2019) dispone: "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Ahora bien, tal norma condiciona la nulidad al "perjuicio de los consumidores" (observan las SSTS 1ª Pleno 585/2020, 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020) por lo que existirán oscuridades inocuas.

1. En esta línea, el artículo 83 II LCyU (redacc. L. 5/2019) dispone: "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Ahora bien, tal norma condiciona la nulidad al "**perjuicio de los consumidores**" (matizan SSTS 1ª Pleno 585/2020, 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020) por lo que existirán oscuridades inocuas.

2. **B) Transparencia en los préstamos.**- "Concretamente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible implica que, en el caso de los **contratos de préstamo**, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes [...]. A este respecto, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el **conjunto de circunstancias** que rodearon la celebración del contrato, verificar que se comunicaron al consumidor interesado todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso y que le permitían evaluarlo, en particular, en cuanto al **coste total de su préstamo** [...].

3. Desempeñan un papel **decisivo** en esa apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están **redactadas de forma clara y comprensible** , de modo que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste, y, por otra parte, la mención o la falta de mención en el contrato de crédito de aquella **información que se considere esencial** a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato" (STJUE 13.7.2023 *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)* C-265/22 , 53-4).

4. **C) Transparencia de la TAE.**- "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, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" (art. 4.2 Directiva 93/13).

5. Propiamente, la tasa anual equivalente (" **TAE**") no es un interés sino un imago que permite valorar la onerosidad del crédito y comparar ofertas. La TAE está exenta de control de contenido en la medida en el que embebe el tipo de interés, pero el cálculo de la TAE puede ser oscuro o incorrecto.

6. "La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito. Se mencionarán **todas las hipótesis** utilizadas para calcular dicho porcentaje" (art. 16.2 g) LCCC transp. art. 10.2 Directiva 2008/48; *sim.* para la información previa al contrato, art. 10.3 g) LCCC transp. 5.1 g)[i] Directiva 2008/48; v. antecedentes normativos en AA. JPI Fuenlabrada 1 31.1.2024 *Bankinter Consumer Finance* y 7.6.2024 *Santander Consumer Finance*).

7. Para los **créditos de duración indefinida** (*open-end credit agreements*), incluyendo los renovables, se establecen supuestos adicionales para calcular la TAE: "en el caso de un contrato de crédito de duración indefinida que no sea en forma de posibilidad de descubierto, se presumirá: i) que el crédito se concede por un período de un año a partir de la fecha de la disposición de fondos inicial y que el pago final hecho por el consumidor liquida el saldo de capital, intereses y otros gastos, en su caso, ii) que el consumidor devuelve el crédito en doce plazos mensuales iguales, a partir de un mes después de la fecha de la disposición de fondos inicial; no obstante, en caso de que el capital tenga que ser reembolsado en su totalidad en un pago único, dentro de cada período de pago, se presumirá que se producen disposiciones y reembolsos sucesivos de todo el capital por parte del consumidor a lo largo del período de un año; los intereses y otros gastos se aplicarán de conformidad con estas disposiciones y reembolsos de capital y conforme a lo establecido en el contrato de crédito. [/] A los efectos del presente punto, se considerará contrato de crédito de duración indefinida un contrato de crédito que no tiene duración fija e incluye créditos que deben reembolsarse en su totalidad dentro o después de un período, pero que, una vez devueltos, vuelven a estar disponibles para una nueva disposición



de fondos" (Anexo I.2 letra e] Directiva 2008/48). "Ejemplos de los casos de contratos de crédito revolvente que se tratan en este supuesto incluyen los contratos de tarjeta de crédito, tarjetas de cargo y contratos de línea de crédito, pero no descubiertos" (COM, *Guidelines on the application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in relation to costs and the annual percentage rate of charge*, SWD(2012) 128 final, 31).

8. Además, "si un contrato de crédito da al consumidor libertad de disposición de fondos en general, pero impone, entre las diferentes formas de disposición, una limitación respecto del importe y del período de tiempo, se considerará que se **ha dispuesto del importe del crédito** en la fecha más temprana prevista en el contrato de crédito y con arreglo a dichos límites de disposición de fondos" (Anexos I-II letra b] Directiva 2008/48 y LCCC). "Un ejemplo de la aplicación del supuesto (b) sería una cuenta de crédito revolvente" (COM, *Guidelines*, 28).

9. De entrada, la TAE es una medida adecuada pero no es perfecta para evaluar el coste del crédito en aquellos en los que la cuota no cubre los intereses, generando así un **interés compuesto** (anatocismo). Distintamente, la tasa de rendimiento anual (Annual Percentage Yield [APY]) sí reflejaría los intereses compuestos, pero no así los gastos accesorios. Aunque los gastos accesorios suelen ser poco relevantes en tarjetas de crédito, por lo que la TAE viene casi completamente determinada por el tipo de interés nominal (TIN).

10. En todo caso, siendo el dato legalmente requerido la TAE, para poder calcular la TAE en los **créditos de duración indefinida**, es necesario asumir un período definido de duración de crédito y el importe de los reembolsos. La Directiva 2011/90 asumió que el plazo de devolución es un año y en doce cuotas iguales que amortizan completamente el capital. Los supuestos adicionales se introdujeron para mayor claridad de los consumidores y para prevenir el sobreendeudamiento porque, normalmente, arrojan una TAE relativamente más alta con las opciones de pago que habitualmente se pactan en estos créditos de duración indefinida (cuota mínima o cuota comprensiva de capital e intereses que no amortiza todo el capital). En este sentido, COM, *Guidelines*, 32 (*ant.* SOTO, *Study on the calculation of the Annual Percentage Rate of Charge for consumer credit agreements* 2009 rev. 2013).

11. "Pues bien, tal y como indican esencialmente los considerandos 31 y 43 de la Directiva 2008/48, la información del consumidor sobre el coste global del crédito, en forma de un tipo de interés calculado de acuerdo con una fórmula matemática única, reviste **excepcional importancia**. En efecto, por un lado, tal información contribuye a la transparencia del mercado, porque permite al consumidor comparar las ofertas de crédito. Por otro lado, permite que el consumidor valore el alcance de su compromiso" (STJUE 21.4.2016 *Radlinger y Radlingerová* C-377/14 , 90; una "importancia esencial" en STJUE 21.3.2024 *Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito)* C-714/22, 51 y juris. cit.).

12. Además, por analogía con otras causas de TAE inexacta, "considerando que la indicación de la TAE en un contrato de crédito al consumo resulta esencial para que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones [...], ha de entenderse que la indicación de una **TAE que no refleje fielmente** todos esos gastos priva al consumidor de la posibilidad de determinar el alcance de su compromiso de la misma manera que la falta de indicación de la TAE" (STJUE *Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito)*, 55).

13. Y como jurisprudencia directamente aplicable, "es preciso añadir que **debe asimilarse a la situación en que no se indique la TAE** en un contrato de crédito aquella en la que, como en el litigio principal, el contrato contiene únicamente una ecuación matemática de cálculo de esa TAE **sin que se acompañe de los elementos necesarios** para proceder a ese cálculo" (STJUE 20.9.2018 *EOS KSI Slovensko* C-448/17 , 66).

14. En el **Contrato**, la cláusula de intereses ordinarios (condición general 5ª) además de no superar el control de inclusión, tampoco menciona "todas las **hipótesis** utilizadas para calcular dicho porcentaje" (contra art. 16.2 g] LCCC). La cláusula reenvía en bloque a la Circular 5/2012, además de que lo correcto, en su caso, sería remitir al artículo 32 y Anexo I LCCC.

15. Las **cláusulas de remisión** no son admisibles (v. AJPI Fuenlabrada 1 31.1.2024 *Bankinter Consumer Finance*) porque "no cabe sin embargo esperar de ese consumidor, a quien la Directiva 93/13 pretende proteger, dada su situación de inferioridad respecto al profesional, que lleve a cabo actividades propias de la investigación jurídica" (por analogía STJUE *Caixabank (Plazo de prescripción)*, 42 cit. *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, 60).

16. Tampoco se informa si la TAE se ha calculado con el Contrato real o con un **ejemplo meramente representativo** (sobre este vicio v. AJPI Fuenlabrada 7.6.2024 *Santander Consumer Finance*).

17. Desde luego, la **información normalizada europea** (INE) no contiene el exigible ejemplo representativo (contra art. 10.3 g] LCCC; v. sobre la importancia de las simulaciones numéricas, STJUE 10.6.2021 *BNP Paribas Personal Finance* C- 609/19 , 52).



18. Finalmente, la TAE calculada no ha incluido el **coste del seguro** de protección de pagos (contra art. 6 a) LCCC). "A menudo, la TAE no incluye el coste del seguro porque el seguro se presenta como opcional. Claramente, ni integran la TAE ni debe incluirse en el juicio de usura (o de inmoralidad) el coste de seguros voluntarios porque, en principio, operan en beneficio de ambas partes (BGH 29.11.2011 XI ZR 220/10, tratando igualmente de la indemnización por ocultación de incentivos). Distintamente, sí reforzaría el juicio de usura unas comisiones exorbitantes o un seguro con prima desproporcionada a otras de seguros de cobertura comparable (v. *a sensu contrario* BGH 29.11.2011). También, unas comisiones o un seguro obligatorio (o con obligatoriedad disimulada [v. COM, *Evaluation of Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers* 2020, 157]), con carácter abusivo en detrimento del prestatario" (SAP Madrid 10ª 19/2024, 17.1). En el caso, el seguro de protección de pagos (PPI) se presenta como opcional pero las casillas ya están marcadas (contra, interpretativamente, art. 15 CCD II). La carga de probar la transparencia es del profesional (arg. arts. 20.5, 60.5 y 82.2 II LCyU y 31 LSP). En consecuencia, el prestamista debió informar de "las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, el contrato de seguro" (art. 12.10 LCCC; SAP Madrid 9ª 237/2021, 7.5).

19. Por otro lado, en la fórmula empleada para el cálculo de intereses se toma el **sistema 365/360**, de forma no transparente y con carácter abusivo (STJUE 26.1.2017 *Banco Primus* C-421/14, 65; *a sensu contrario* STS 1ª 360/2021, 25.5 y ss.).

20. Como **consecuencia legal**, conforme a la jurisprudencia europea, la TAE inexacta o sin todos los elementos de cálculo es como si no constara. En tal caso, en principio, "la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos" (art. 21.2 LCCC).

21. En otros Ordenamientos, "privar al prestamista de su derecho a los intereses y gastos en caso de que se haya indicado una TAE que no incluya todos esos gastos constituye una sanción que es acorde con la gravedad de tal incumplimiento y que tiene carácter disuasorio y proporcionado" (STJUE *Profi Credit Bulgaria* (*Servicios accesorios al contrato de crédito*), 55). Es más, también en nuestro Derecho, la aplicación conjunta de las sanciones de la Directiva 93/13 supondrá limitar el derecho a la restitución del prestamista al capital (v. *infra* VI).

22. **D) Transparencia del sistema de amortización revolving.** - Por el momento, hay división en las Audiencias Provinciales (incluso entre las secciones de la misma Audiencia Provincial de Madrid especializadas en contratos de crédito con cláusulas abusivas, como la 28ª y la 25ª bis) sobre si, con carácter general, el sistema de amortización *revolving* es transparente o, por el contrario, no lo es, o si procede un análisis casuístico en función de todas las circunstancias.

23. Al respecto, aunque a veces las demandas no distinguen bien las cláusulas o partes de cláusula impugnadas; no compartimos el argumento elusivo, manejado en algunas sentencias, de que el sistema de amortización solo es susceptible de control como **vicio del consentimiento** al afectar al contrato en su conjunto. Aquí, la demandante impugna cláusulas distintas, tanto la de intereses como la del sistema de amortización, el sistema *revolving* se predispone en una condición general y en condiciones particulares concretas y separadas de la del tipo de interés, condiciones que, como todas, son susceptibles de los controles previstos en la Directiva 93/13 si se dan sus presupuestos.

24. En consecuencia, deberán ajustarse los argumentos al supuesto enjuiciado y, en el que nos ocupa, observamos claros déficits de información en la **información previa al contrato**. "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" (art. 10.1 LCCC; transp. art. 5.1 Directiva 2008/48).

25. La información precontractual se refuerza con un deber de "**Asistencia al consumidor previa al contrato**": "Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito facilitarán al consumidor **explicaciones adecuadas** de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo" (art. 11 LCCC transp. art. 5.6 Directiva 2008/48; *post.* art. 12 CCD II). Todavía no vigente, el artículo 9.2 g) CCD II incluye en la información general "la **gama de las diversas opciones** existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la frecuencia y el importe de las cuotas de reembolso periódicas)" (v. AJPI



Fuenlabrada 1 31.1.2024 *Bankinter Consumer Finance* sobre la necesidad de ofrecer el contrato en modalidad a fin de mes).

26. Ciertamente, la demandada acompaña un impreso con la **Información Normalizada Europea**.

27. A fecha del Contrato, tampoco había entrado en vigor la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolving (entrada en vigor el 27/1/2021), luego no era exigible el **documento separado** a que se refiere el artículo 33 ter de la Orden EHA/2899/2011.

28. No obstante, la INE lleva la misma fecha del Contrato, luego no puede concluirse que se entregara "**con la debida antelación**" (art. 10.1 LCCC transp. art. 6.1 Directiva 2008/48). Desconfiando de las viciosas unidades de acto, la nueva normativa introduce cautelas y, así, en caso de que la información precontractual "se proporcione menos de un día antes de que el consumidor quede vinculado por la oferta o contrato de crédito, los Estados miembros exigirán que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito envíen al consumidor un **recordatorio** acerca de la posibilidad de desistir del contrato de crédito" (art. 10.2 II CCD II).

29. Además, la INE adjunta no incluye "una **declaración** clara y concisa de que tales contratos no prevén una garantía de reembolso del importe total del crédito del que se haya dispuesto en virtud del contrato, salvo que se conceda dicha garantía" (art. 10.9 LCCC; también como información contractual. 16.4 LCCC; transp. arts. 5.4 y 10.4 Directiva 2008/48).

30. Pues bien, "el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12, dará lugar a la **anulabilidad** del contrato" (art. 7.2[i] LCCC).

31. La Acreditante tampoco demuestra haber cumplido su deber de **asistencia al consumidor previa al contrato**. Aunque este incumplimiento no es causa de anulabilidad *per se*, sí es relevante en el juicio de transparencia y en el de abusividad pues puede constituir una omisión engañosa (art. 7 LCD transp. art. 7 Directiva 2005/29).

32. En **conclusión**, en el caso, la Acreditante no demuestra que la Acreditado recibiera una información suficiente del Contrato que le permitiera tomar una decisión fundada y prudente para la contratación del producto.

IV

CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES Y DE LA AMORTIZACIÓN REVOLVENTE

33. **A) Doctrina general.** - "Se considerarán **cláusulas abusivas** todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (art. 82.1 LCyU transp. art. 3.1 Directiva 93/13).

34. "El **carácter abusivo** de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" (art. 82.3 LCyU transp. art. 4.1 Directiva 93/13).

35. "[H]abida cuenta de la situación de **inferioridad** en la que el consumidor se halla respecto del profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor. En este contexto y con el fin de garantizar el elevado nivel de protección de los consumidores establecido en el artículo 38 de la Carta, el juez nacional debe apreciar **de oficio** el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, siempre que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello [...].

36. Por lo que respecta, en segundo lugar, a los **criterios** con arreglo a los cuales debe realizarse el mencionado control jurisdiccional, procede recordar que los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 definen conjuntamente los criterios generales que permiten apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de esta [...].

37. De este modo, al referirse a los conceptos de "buena fe" y de "desequilibrio importante" en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera **abstracta** los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente [...].

38. Para determinar si una cláusula causa, en detrimento del consumidor, un "**desequilibrio importante**" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular,



las normas aplicables en **Derecho nacional cuando no exista un acuerdo** de las partes en ese sentido. Este análisis comparativo permitirá al juez nacional valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente [...].

39. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "**contrariamente a las exigencias de la buena fe**", el juez nacional debe comprobar, a tal efecto, en atención al decimosexto considerando de la Directiva 93/13, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual [...].

40. Por otro lado, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la mencionada Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean **objeto del contrato** y considerando, en el momento de la celebración del mismo, **todas las circunstancias** que concurran en su celebración, así como **todas las demás cláusulas** del contrato, o de otro contrato del que dependa" (STJUE 9.11.2023 *V?eobecná úverová banka* C-598/21 y juris. cit.; sobre la función ordenadora del Derecho dispositivo, v. AJPI Fuenlabrada 1 12.9.2019 *Bankia* C-92/16).

41. **B) Carácter abusivo del tipo de interés** .- La falta de inclusión de la condición general relativo a los intereses ordinarios y la falta de transparencia de la TAE nos abre la puerta al control del carácter abusivo del tipo de interés.

42. El tipo de interés se introduce **contrariamente a las exigencias de la buena fe** pues la TAE no incluye el coste del seguro de modo engañoso. "[E]n un contrato de crédito una TAE inferior a la real, debe calificarse de **engañoso** en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Corresponde al juez nacional comprobar si tal es el caso en el asunto principal. La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor" (STJUE 15.3.2012 *Perenicová y Perenic* C-453/10 , 47).

43. El tipo de interés también genera, en detrimento del consumidor, un "**desequilibrio importante**". El Derecho nacional vigente permite pactar "el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie" (art. 315 CCom), salvo limitaciones que no son del caso (Ley de Usura, art. 20.4 LCCC; cf. art. 31.1 CCD II). Ahora bien, "por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado" (STJUE *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, 65 y juris. cit.). En este sentido, el tipo pactado 24,31 %, además de infracalculado, supera el tipo de interés legal y el tipo de interés de mercado del 18,10 % (BANCO DE ESPAÑA, *Boletines estadísticos*, columna para "tarjetas de crédito y tarjetas "revolving"" de nuevas operaciones, epígrafe 19.4, columna 7, en noviembre de 2020).

44. "Asimismo, procede recordar que la **transparencia** de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva" (STJUE *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, 66 y juris. cit.).

45. "Por último, ha de tenerse en cuenta el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que en él se indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar, entre otros elementos, con referencia a todas las **demás cláusulas del contrato**" (STJUE *Banco Santander (Referencia a un índice oficial)*, 66 y juris. cit.). A este respecto, dado que el Contrato provoca un efecto de amortización negativa y, por consiguiente, de interés compuesto, esta circunstancia aumenta el desequilibrio importante.

46. **C) Carácter abusivo del sistema de amortización** .- En principio, los contratos de duración indefinida son **lícitos** (v. art. 13 Directiva 2008/48), así como las tarjetas de pago aplazado (*extended card debt*) y las tarjetas de crédito renovable (*revolving*). Además, el Tribunal Supremo acepta flexiblemente distintos sistemas de amortización (v. STS 1ª 166/2021, 23.3; contra STS 1ª 913/2001, 10.10 rechazando el precálculo de intereses en un préstamo francés; v. SJPI Fuenlabrada 1 212/2014, 3.10 sobre distintos sistemas de amortización).

47. **ca) Cuota mínima contraria a la buena fe**.- El Contrato presenta unas casillas marcadas que conducen a una cuota mínima fijada en las condiciones generales (por otra parte, tampoco incorporadas).

48. Esta práctica es contraria a las **exigencias de la buena fe**: la opción por defecto de la cuota mínima es un vicio de diseño del producto, ello unido a la información engañosa suministrada, constituyendo también

prácticas comerciales desleales y, en el Derecho próximo, una contravención de las normas de conducta en la concesión de crédito.

49. En efecto, en el Derecho de la Unión, todavía no vigente, el artículo 32 CCD II sobre "**Normas de conducta en la concesión de crédito al consumidor**" prescribe: "los Estados miembros exigirán que el prestamista y el intermediario de crédito actúen con honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad y tengan en cuenta los derechos e intereses de los consumidores cuando lleven a cabo cualquiera de las actividades siguientes: a) **elaborar productos crediticios** ; [...]".

50. En España, el problema ya ha sido advertido: "2.2. Diseño del producto. 15. Dado que el reembolso del crédito dispuesto se realiza mediante el pago de cuotas periódicas, fijas o variables, por parte del prestatario, se espera que las entidades ofrezcan al cliente la posibilidad de elegir el importe de la cuota que le resulte más conveniente de entre las establecidas contractualmente, sin imponer una cuota predeterminada. Las entidades **no deberían seleccionar por defecto la cuota mínima** establecida contractualmente para el reembolso del crédito. Asimismo, se espera que las entidades ofrezcan al cliente la posibilidad de modificar el importe de la cuota durante la vigencia del contrato. 16. Como se ha señalado en el apartado 1, es habitual que el crédito asociado a un instrumento de pago, como las tarjetas, permita distintas opciones de reembolso. En estos casos, se espera que la entidad ofrezca al cliente todas las modalidades de reembolso del crédito disponibles, y le informe adecuadamente de las principales características de cada modalidad, con carácter previo a la contratación, para que sea este quien seleccione la forma de pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses" (BANCO DE ESPAÑA, *Guía de gobernanza y transparencia del crédito revolving para entidades sujetas a la supervisión del Banco de España 2023*, en vigor a partir del 31/12/2024, https://app.bde.es/clf_www/leyes.jsp?id=223971 &tipoEnt=0).

51. "En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la comprobación del **carácter desleal de una práctica comercial**, en el sentido de la Directiva 2005/29, constituye un elemento, entre otros, en el que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de las cláusulas del contrato relativas a dicha práctica que figuran en el contrato que vincula al profesional con el consumidor" (STJUE *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, 44 y juris. cit.).

52. Las **opciones por defecto** pueden constituir una práctica comercial desleal como acto de engaño: "Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...] e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio" (art. 5.1 LCD transp. 6.1 e] Directiva 2005/29; para servicios financieros a distancia, art. 16 sexies Directiva 2011/83/UE).

53. Interpretativamente, CCD II se opone al "Consentimiento tácito para la celebración de cualquier contrato de crédito o la adquisición de servicios accesorios" y a las **opciones por defecto**. "Las opciones por defecto incluyen casillas ya marcadas". (art. 15.1[ii] CCD II).

54. "Corresponde a los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas nacionales apreciar el carácter engañoso de las prácticas comerciales teniendo en cuenta las conclusiones más recientes en materia de economía del comportamiento. Por ejemplo, la utilización de **opciones predeterminadas** (elecciones que se supone que realizan los consumidores salvo que indiquen otra cosa de forma expresa) o el suministro de información innecesariamente compleja se pueden considerar prácticas engañosas" (COM, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE*, 2021/ C 526/01). "El concepto de "sesgo de statu quo", se identifica en psicología para ilustrar un comportamiento no racional que explica la aversión al cambio" (STG 14.9.2022, *Google y Alphabet/Comisión (Google Android)*, T-604/18, 88; también OECD, *Applying Behavioural Insights to Consumer and Competition Policy and Enforcement 2023*).

55. La Economía del comportamiento (invocada en COM, *Guía*, 2021/ C 526/01) muestra que los productos revolving explotan nuestros **sesgos cognitivos** y nuestras **propensiones al consumo** (ampliamente, p. ej., iff/ ZEW, *Study on interest rate restrictions in the EU 2010*; para tarjetas de crédito, BAR-GILL, *Seduction by Contract 2012* cap. II; BAR-GILL/BUBB, *Credit Card Pricing: The Card Act and Beyond*, Cornell LR 97, 2012 y FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Assessing creditworthiness in consumer credit 2018*, 21 sobre el "efecto anclaje" [*anchoring effect*] de los pagos mínimos). "Uno de los reclamos de las tarjetas revolving es su supuesta facilidad para devolver el crédito con mensualidades muy bajas, casi a la medida del cliente. [...] El consumidor medio en España desconoce lo que es el anatocismo o interés compuesto y, en frase célebre, "quien no lo entiende, lo paga". La amortización mínima y hasta negativa provocan una carga económica en el consumidor que debe ser cumplidamente explicada para poder ser comprendida" (SAP Madrid 10ª 35/2024, 24.1). "Muchos consumidores no pueden entender las tasas de interés y otros cargos que cobran las compañías de préstamos,



en parte debido a la complejidad de la mayoría de los documentos de préstamo. Terminan pagando tipos absurdamente altos cuando podrían pedir prestado a tipos mucho más bajas de un banco o, sin tener que pedir prestado en absoluto, podrían recurrir a sus ahorros que generan bajos intereses. Muchos de los prestatarios, carentes de autocontrol, pero inconscientes de ello y, por lo tanto, incapaces de tomar contramedidas, son incapaces de moderar su deseo de bienes y servicios y terminan sobreendeudados" (*Midwest Title Loans Inc v Mills*, 593 F3d 660 [7th Cir 2010]).

56. Ciertamente, el carácter engañoso de la cuota mínima podría disiparse mediante las oportunas **explicaciones adecuadas**. Sin embargo, la Acreditante no demuestra que el establecimiento intermediario o la propia entidad financiera hubiera facilitado estas explicaciones.

57. Antes bien, en la INE figura una cuota fija de 20 €, **gravemente engañosa** porque, con el disponible pactado (2700 €), la cuota se determinará para la mayoría del rango dispuesto por el porcentaje mínimo (3 %).

58. **cb) Amortización negativa como desequilibrio importante.**- Un sistema de amortización revolvente, con amortización de capital insuficiente, genera un desequilibrio importante porque en "una apreciación económica de naturaleza **cuantitativa** que se bas[a] en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que la cláusula contractual controvertida ponga a cargo del consumidor, por otro. [...] cuando una apreciación económica de naturaleza cuantitativa pone de manifiesto un desequilibrio importante, puede constatarse su existencia sin que sea necesario examinar otros elementos" (SSTJUE 23.11.2023 *Provident Polska C-321/22*, 45-7 y *Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito)*, 77).

59. Por **excepción**, la amortización negativa podría no ser en detrimento del consumidor. "La amortización negativa puede tener racionalidad económica. Por ejemplo, un prestamista puede permitir pagos reducidos a alguien en situación transitoria de ahogo económico, como la pérdida de un trabajo, o que curse estudios con la expectativa de un empleo bien remunerado. Pero la amortización negativa también sirve a finalidades jurídicamente reprochables. Aprovechando nuestras limitaciones cognitivas, un prestamista puede permitir un pago inicial reducido para que al prestatario le parezca que la cantidad de dinero que toma prestado no es tan grande como es realmente. El prestamista también puede incentivar la asunción de la deuda mediante pagos iniciales reducidos para atrapar al prestatario en una deuda creciente ("trampa para incautos" o "canto de sirena seductivo" del tipo inicial, en algunas de las expresiones de *Andrews v Chevy Chase Bank* 545 F3d 570 [7th Cir 2008]). En sus orígenes, estas estructuras de amortización estaban diseñadas para inversores sofisticados, o sin aversión al riesgo, que especulaban sobre el incremento de valor de los inmuebles o que tenían la expectativa de mejorar sus salarios y poder afrontar las correspondientes amortizaciones" (SJPI Fuenlabrada 1 212/2014, 3.10).

60. Pero, normalmente, "estos créditos se **comercializan** mayoritariamente asociados a instrumentos de pago que prevén, de forma exclusiva o junto con otras modalidades de reembolso, la posibilidad de establecer una modalidad de pago aplazado flexible o *revolving*, lo que facilita su accesibilidad y la inmediatez en la realización de disposiciones del límite por el titular" (Preámbulo Orden ETD/699/2020).

61. "Frecuentemente, si se producen impagos o la cuantía de la cuota periódica es demasiado baja y no llega a cubrir los intereses, comisiones o primas de seguro, estos conceptos se capitalizan por lo que, a su vez, generarán intereses retributivos. Se llama **amortización negativa** al fenómeno por el que la estructura de amortización del préstamo es tal que los términos amortizativos estipulados no alcanzan a pagar los intereses, que son capitalizados e incrementan el saldo vivo pendiente de pago. [...] La objeción más importante a las amortizaciones mínimas, características del crédito revolvente, es que, al final, la deuda de intereses engrosa notablemente (efecto "bola de nieve", reconocido por el Banco de España)" (SAP Madrid 10ª 35/2024, 24.1; concepto presente en el cdo. 55 Directiva 2014/17/UE).

62. "Las características de estos créditos pueden dar lugar a que la amortización del principal se realice con frecuencia en un **período de tiempo muy prolongado**, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo o incluso el riesgo de que la deuda se prolongue de manera indefinida" (Preámbulo Orden ETD/699/2020), "hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor "cautivo" (SSTS Pleno 1ª 149/2020, 4.3 y 258/2023, 15.2)." (SAP Madrid 10ª 35/2024, 24.1).

63. Así, se genera un problema de "**deuda persistente**" o situación por la que, en un período suficientemente significativo, un cliente paga más en intereses y comisiones que amortiza principal (en Reino Unido, FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, Consumer Credit (Earlier Intervention and Persistent Debt) Instrument 2018, teniéndose por deuda persistente 18 meses; en EE. UU., CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *The Consumer Credit Card Market* 2023, en 12 meses).



64. El Contrato empuja al consumidor a permanecer vinculado el mayor tiempo posible y a pagar intereses que podrían evitarse. Los consumidores que solo pagan cuotas mínimas sin hacer amortizaciones significativas del capital suelen ser altamente rentables para los acreedores. Además, frecuentemente los intereses de la entidad financiera y del acreditado no están alineados ya que los clientes más rentables son, a menudo, los que con menos probabilidad amortizarán completamente su deuda, lo que no impide que sean exprimidos por un contrato leonino desde su diseño, por lo que las entidades financieras carecen de incentivos para sacar al prestatario de esta parrilla o *sweatbox* (ampliamente, *CHEREDNYCHENKO/MEINDERTSMA, Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU CCD Fit for Its Purpose?*, J Consumer Policy 42, 2019).

65. En **conclusión**, el Contrato presenta una estructura *revolving* de carácter abusivo puesto que, de forma desleal y engañosa, se predispone el pago de una cuota mínima, con amortización insuficiente, con el resultado de un desequilibrio cuantitativo importante consistente en el pago desproporcionado de intereses y la generación en el consumidor de una deuda persistente.

V

RESTITUCIONES CONFORME A LA DIRECTIVA 93/13

66. **A) Nulidad del Contrato.** - La demandante pide la nulidad de las condiciones generales relativas a los intereses y sistema de amortización. Con acertado criterio, entiende que esta nulidad acarrea la **nulidad de todo el Contrato**.

67. "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" (art. 6.1 Directiva 93/13).

68. El **test de subsistencia** es objetivo, conforme al Derecho interno (SSTJUE 8.9.2022 *D.B.P. y otros (Crédito hipotecario denominado en divisas)* C-80/21, 80; 12.10.2023 *Luminor Bank* C-645/22, 31 y 23.11.2023 *Provident Polska* C-321/22, 81 ss.).

69. Además, el principio de **conservación del contrato** (ampliamente, AAP Madrid 11ª 249/2019, 20.11 y AJPI Fuenlabrada 1 12.9.2019 *Bankia*) es inoperante cuando el consumidor no ha pedido quedar vinculado por la cláusula abusiva (primera excepción a la no-vinculación) ni, por derivarse de la nulidad consecuencias especialmente perjudiciales, cabe sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional o por una disposición aplicable en caso de acuerdo de las partes (segunda excepción a la no-vinculación). El modo de pago o sistema de amortización tampoco es una obligación contractual diferenciada disociable de las demás estipulaciones (ampliamente, sobre estas excepciones, SSTJUE *D.B.P. y otros (Crédito hipotecario denominado en divisas)*, *Luminor Bank* y *Provident Polska*).

70. "Las **prestaciones esenciales de un contrato de crédito** consisten en que el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos" (STJUE *Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito)*, 61 y juris. cit.). En cualquier préstamo, la restitución de la suma prestada mediante el pago de términos amortizativos es la obligación esencial del prestatario (arts. 1753 CC y 312 I CCom). En un préstamo oneroso, tales cuotas comprenden también el **interés remuneratorio** pactado, que es el precio del dinero recibido por el prestatario: "la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma" (SSTJUE 7.8.2018 *Banco Santander* C- 94/17, 76 y 10.6.2021 *Prima banka Slovensko* C-192/20 , 39).

71. El método o **sistema de amortización** resulta igualmente objeto principal del contrato porque determina las prestaciones esenciales, esto es, la cuota y los plazos previstos.

72. **B) Doctrina del Tribunal de Justicia.** - En aplicación del Derecho de la Unión, particularmente los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 en relación con los considerandos décimo y vigesimocuarto:

73. "-no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el **consumidor** tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad, y

74. - se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la **entidad de crédito** tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el



requerimiento" (STJUE 15.6.2023 *Bank M.* C-520/21 ; también STJUE 7.12.2023 *mBank (Declaración del consumidor)* C-140/22 , 62-3 y ATJUE 11.12.2023 *Bank Millennium* C-765/22).

75. "Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores "en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales" [...]. No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección -ni, por tanto, su contenido sustancial-, [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un **derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional** en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva" (SSTJUE 25.4.2024 *Caixabank (Plazo de prescripción)* C-484/21 y 25.4.2024 *Banco Santander (Comienzo del plazo de prescripción)* C-561/21 , 21-3 y juris. cit.; también STJUE 30.6.2022 *Profi Credit Bulgaria (Compensación de oficio en caso de cláusula abusiva)* C-170/21, 43 y STJUE 31.3.2022 *Lombard Lizing* C-472/20 , 53 y 55).

76. Así, el Tribunal de Justicia ha configurado la Directiva 93/13 como una **ley más que perfecta** (*lex plus quam perfecta*) en el sentido de que, ante el carácter abusivo de la cláusula o del contrato impone la ineficacia juntamente con otro tipo de sanción para el profesional (v. AJPI Fuenlabrada 1 12.9.2019 *Bankinter*). La sanción consiste en que el consumidor restituirá lo recibido (*tantundem*), sin intereses, salvo los moratorios desde la intimación.

77. Para ello, el Tribunal de Justicia ha **considerado** que la privación al profesional de cualquier clase de interés es el remedio razonable atendida la finalidad de la norma:

78. (a) "Del mismo modo, una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tuviera derecho a reclamar al consumidor una compensación que excediese del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, por tanto, a recibir una remuneración por el uso de ese capital por el consumidor, contribuiría a eliminar el **efecto disuasorio** que ejerce sobre los profesionales la anulación de dicho contrato" (STJUE *Bank M.*, 78).

79. (b) "Por otra parte, la **efectividad de la protección** que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores se pondría en peligro si estos, cuando invocan sus derechos basados en esa Directiva, estuvieran expuestos al riesgo de tener que pagar tal compensación. Como subrayó el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, tal interpretación podría crear situaciones en las que fuera más favorable para el consumidor seguir cumpliendo el contrato que incluye una cláusula abusiva que ejercitar los derechos que le confiere dicha Directiva" (STJUE *Bank M.*, 79).

80. "[D]e conformidad con el **principio nemo auditur** *proprium turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento" (STJUE *Bank M.*, 81). El principio *nemo auditur* es un tópico argumentativo proveniente del Derecho común a partir de fragmentos del Derecho romano y que adolece de cierta imprecisión pero que, no obstante, se encuentra bien arraigado. "Nadie puede mejorar su condición por su propio delito" (D. 50.17.134.1 y, ejemplificativamente, D. 12.5, también Part. 5.14.47-54 y 3.22.27). "A ninguna persona se le permite beneficiarse de su propio ilícito" (ALI, *Restatement of the L. Third, Restit. and Unjust Enr.* 2010 § 3 cit. SAP Madrid 11ª 9/2020, 8.1). Sobre la imposibilidad de adquirir "una posición jurídica por medio de una conducta irregular (*principio nemo auditur*; v. distintas expresiones en STS 1ª 863/2010, 27.12 ; también STC 227/1991; *ex turpi causa non oritur actio*) el principio también se conoce como deslegitimación equitativa (*equitable disqualification*) o, con un ámbito más amplio, la doctrina de la indignidad procesal por la que los demandantes deben presentarse ante los tribunales con las manos limpias (*clean hands doctrine*). El principio se ha fundamentado, sin consenso, entre otras justificaciones, en razones de moralidad, en que los tribunales no deben amparar a los infractores y como sanción civil para desincentivar la conclusión y ejecución de contratos ilegales" (SAP Madrid 11ª 214/2019, 29.5 que lo distingue del *in pari causa*). Con esta regla y otras equivalentes se sanciona al mismo tiempo el ilícito, esto es, "no corresponde al sistema de la nulidad y sólo se explica por la interferencia de la noción de pena" (CASTRO, *El negocio jurídico* § 312).

81. Nótese que el Tribunal de Justicia no deniega al prestamista la acción de **restitución del capital**, lo que podría incidir en la tacha de desproporcionalidad de la sanción (ello a diferencia del art. 1306-2ª CC para la causa torpe o inmoral). Esto es coherente con que "el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restablecer el equilibrio entre las partes" (STJUE *AxFina Hungary*, 37 y juris. cit.). El restablecimiento del equilibrio *inter partes* y la restitución del consumidor no precisa que el profesional, también, pierda el capital, lo que constituiría una sanción desproporcionada al grado de ilegalidad y un beneficio caído del cielo (*windfall profit*) para el consumidor.



82. (d) "[L]a posible anulación del contrato de préstamo hipotecario es una consecuencia del uso de cláusulas abusivas por parte de Bank M. Por tanto, esta última entidad no puede ser indemnizada por la pérdida de un **beneficio análogo** al que esperaba obtener de dicho contrato" (STJUE *Bank M.*, 82).

83. Se evita así que la restitución de lo dado indebidamente a modo de préstamo (pago indebido como *pro mutuum*) equivalga a un préstamo impuesto al consumidor (" **préstamo forzado**"). La reversión del enriquecimiento no puede suponer "la imposición indirecta de un contrato anulado (el problema del negocio forzado)" (SAP Madrid 11ª 162/2018, 9.5). "La autonomía dominical impide la exacción al demandante, por vía indirecta, del valor de mercado de un servicio, sin su consentimiento libre y sin error" (analog. SAP Madrid 11ª 453/2017, 29.12). El "enriquecimiento impuesto" está "sujeto a un principio limitativo de su restitución: nadie debe ser requerido a pagar por beneficios que no solicitó y que no desea" (SAP Madrid 11ª 90/2020, 18.3).

84. Obsérvese también que, en la interpretación disuasoria del Tribunal de Justicia, el profesional prestamista no puede invocar la doctrina del **enriquecimiento incontrovertible** del prestatario. Ello a diferencia del Derecho de enriquecimientos general donde, si bien el cliente de buena fe no está obligado a restituir el enriquecimiento impuesto, ni como un "enriquecimiento imputado" conforme a valor de mercado, ni como un "enriquecimiento asumido" por razón de un contrato que no le vincula; sí restituiría el "enriquecimiento incontrovertible", esto es, el ahorro de gastos razonablemente necesarios o la liberación de una deuda más gravosa que el préstamo le hubiera reportado (arg. DCFR VI 5:102; v. SAP Madrid 11ª 453/2017, 29.12 y Madrid 11ª 90/2020, 18.3).

85. Finalmente, la privación al profesional culpable de la posibilidad de reclamar intereses al consumidor se alinea con las **propuestas europeas de armonización** para la restitución por contratos ilegales. El régimen de restitución de **contratos ilegales** porque solo infringen normas imperativas (*contra legem*) será, en primer lugar y en su caso, el de los efectos expresamente previstos en la Ley. En defecto de previsión legal, cuando se hubiera producido la prestación contractual del contrato nulo, o de una parte del contrato, la restitución o la restitución concurrente, debe concederse cuando esto sea razonable en las circunstancias, tomando en consideración los factores de ineficacia de los contratos ilegales (art. 15:104 PECL en relación con 15:102; también *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42), incluso denegando la restitución si ello contraviniera la finalidad subyacente a la norma (DCFR II 7:303[1] y [3] y, por influjo del BGB, por remisión al Derecho de enriquecimientos, DCFR VII 6:103).

86. En fin, el corolario del principio de **no vinculación** del prestatario es que el prestamista queda desprovisto de título contractual para cobrar intereses retributivos, pero también intereses compensatorios de la falta de disponibilidad del capital por el prestamista, esto es, del daño emergente o lucro cesante o de los intereses convencionales sancionadores de la mora del prestatario (los llamados "títulos extrínsecos" de las usuras). Distintamente, no parece que la privación de intereses compensatorios de la devaluación del numerario en el tiempo (v. SAP Madrid 11ª 234/2017, 21.6) derive directamente del principio de no vinculación, lo que ha puesto de relieve la doctrina.

87. **C) Leyes nacionales parcialmente incompatibles.** - La jurisprudencia anterior es vinculante y **parcialmente incompatible** con la aplicación literal del artículo 1303 del Código Civil, del artículo 3 de la Ley de Usura y con el artículo 21.2 LCCC (en este sentido, AA. JPI Fuenlabrada 1 31.1.2024 *Bankinter Consumer Finance* y 7.6.2024 *Santander Consumer Finance*).

88. Aquellas **sentencias** favorables a declarar la nulidad de los contratos en la modalidad de pago *revolving*, entienden que la relación se liquida conforme al artículo 1303 del Código Civil (p. ej. SAP Madrid 25ª bis 240/2024, 25.3 y las que cita).

89. No obstante, la aplicación literal del **artículo 1303 del Código Civil** implicaría una restitución recíproca por la que no solo el profesional abona intereses de las cuotas y gastos, sino que también obligaría al prestatario a pagar intereses desde las disposiciones. Las contradicciones -prestaciones e intereses- de ambos contratantes se compensarían en la cantidad concurrente (v. esta compensación en otros contratos en SSTS 1ª 561/2017, 16.10; Pleno 356/2023, 8.3 y juris. cit.). En principio, la jurisprudencia aplica el artículo 1303 del Código sustantivo como "régimen común" (STS 1ª 435/2021, 22.6 y juris. cit.; también STS 1ª Pleno 1/2021, 13.1), de "las atribuciones sin causa derivadas de la ejecución de prestaciones previstas en un contrato nulo" (STS 1ª 1577/2023, 15.11 y juris. cit.) donde la reintegración de los frutos es "ajena a la buena o mala fe del poseedor" (STS 1ª 312/2006, 24.3).

90. Sin embargo, la *restitutio in integrum* recíproca no se ajusta a la doctrina *Bank M* y *mBank*. "[E]l artículo 1303 del Código Civil, que establece las consecuencias generales de la nulidad en nuestro Derecho, no alcanza a comprender la especial liquidación de contratos que contravienen la Directiva 93/13. El principio de no vinculación por las cláusulas con carácter abusivo, unido al efecto disuasorio y tuitivo de la Directiva 93/13, determina que solo el profesional deberá rendir los frutos por el uso indebido del dinero del cliente, siendo estos intereses por enriquecimiento injustificado (o "intereses locupletales"). [...] La entidad financiera no tiene



derecho a reclamar al cliente una retribución por la "utilización extracontractual" del préstamo con fundamento en un enriquecimiento injustificado del cliente (Conclusiones del Abogado General 16.2.2023 *Bank M.*" (SAP Madrid 10ª 644/2023, 15.11).

91. Por su parte, el artículo 3 de la **Ley de Usura** se limita a transformar el préstamo en un préstamo gratuito (sin intereses), pero no contempla la compensación adicional a la que tiene derecho el consumidor. La jurisprudencia aplica literalmente el artículo (STS 1ª 628/2015, 25.11 hasta STS 1ª 88/2024, 24.1). Pero interpretamos que la liquidación de la relación contractual aplicando este artículo no puede dejar al consumidor en peor situación. La fijación de límites máximos a los tipos de interés hoy ha quedado integrada en el Derecho de crédito al consumo de la Unión (v. art. 31 y cdo. 73 CCD II). Pero, antes, las leyes nacionales de represión de la usura, "hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la *adecuación del precio* o de la remuneración" (art. 8 bis.1 primer guión Directiva 93/13). "Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" (art. 8 Directiva 93/13).

92. Una disposición nacional como el **apartado 2 del artículo 16 LCCC** que permite a la entidad de crédito reclamar el interés legal de las disposiciones, tampoco se ajusta a la jurisprudencia europea, menoscabando el efecto disuasorio y el principio de efectividad de la protección del consumidor previsto en la Directiva 93/13 y a las sanciones exigidas por el artículo 23 de la Directiva 2008/48.

93. **D) Interpretación conforme del Ordenamiento nacional.** - Las leyes nacionales, parcialmente incompatibles en su literalidad, deben ser objeto de una **interpretación conforme** (sobre la importancia de la interpretación conforme, STJUE Gran Sala 21.12.2023 *C. Bank y Bank D. K. C-47/21 y C-47/21 y Volkswagen Bank y Audi Bank C-232/21, 221*).

94. En este contexto, el Tribunal de Justicia tiene declarado que "para salvaguardar los intereses del consumidor, el juez nacional puede, en particular, ordenar que se le reembolsen las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista sobre la base de la cláusula considerada abusiva, reembolso que obedece a un **enriquecimiento sin causa**" (STJUE 27.4.2023 *AxFina Hungary C-705/2021* , 48 citando *Lombard Lizing, 58*).

95. "La finalidad general del **régimen de restitución** es colocar a los contratantes en el *status quo ante contractum* (*restitutio in integrum*). [...] Ahora bien, la aplicación inmatizada de la responsabilidad por enriquecimientos extracontractuales es insatisfactoria y, por esto, la mejor doctrina restringe teleológicamente la llamada teoría de las dos *condiciones* (*Zweikonditionenlehre*) cuyo reflejo patrio es el artículo 1303 del Código Civil. Así, las restituciones (contradaciones) pueden denegarse o moderarse en función de otros criterios, [...]. Además, en los enriquecimientos contractuales, la restitución de la prestación mediante una suma razonable (v. PECL 4:115 y DCFR VII 5:103) debe atender especialmente a la distribución contractual del riesgo de pérdida o deterioro y, en el caso de los contratos ilegales, a las **políticas o normas conculcadas**" (SAP Madrid 10ª 8/2024, 10.1).

96. En general, "los **enriquecimientos en forma de dinero** originan dos pretensiones: (1) el valor de cambio (nominal) del dinero y (2) el enriquecimiento suplementario obtenido con el dinero recibido. En cuanto al **valor de cambio** , es un enriquecimiento incontrovertible tratándose de dinero y reversible (*in specie*), esto es, puede ser devuelto. Origina una responsabilidad *prima facie* por la suma del pago recibido. [...] Respecto al **enriquecimiento suplementario** de quien disfruta de dinero ajeno, la partida aquí debatida (puede haber otras) es la del valor de uso, pudiendo este valor [1] haberse materializado en una ganancia (v. g. frutos o subrogados obtenidos con el dinero disfrutado en virtud de los contratos extinguidos) o [2] ser razonablemente presumido (enriquecimiento imputado), lo que es adecuado a la natural productividad del dinero, salvo que el demandado pueda refutar esa presunción de valor de uso. El valor de uso del dinero en el tiempo se mide con un interés preprocesal y ello está legalmente previsto en el artículo 1303 del Código Civil" (SAP Madrid 11ª 162/2018, 9.5 y las que cita).

97. Además, en el Derecho español del enriquecimiento sin causa (o injustificado), el régimen de las restituciones accesorias (intereses) confiere relevancia a la mala fe de quien recibe un pago indebido, precisamente en el artículo 1896 párrafo I del Código Civil, dentro de la sección del "**Cobro de lo indebido**": "El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere". Este precepto no es plenamente coincidente con las propuestas de armonización internacionales (v. DCFR VI 5:104[2]). Beneficia (posiblemente) al *accipiens* de mala fe de capitales, al limitar su responsabilidad al interés legal y no al rendimiento concreto o "frutos percibidos" de los capitales. Diversamente, sanciona al receptor de mala fe de cosas fructíferas porque obliga también a abonar los frutos debidos percibir.



98. En principio, el Tribunal Supremo considera que el artículo 1303 del Código Civil es el que rige la restitución de prestaciones recíprocas, igualmente en los casos de nulidad absoluta ("en términos extensivos", matizan las SSTs 1ª Pleno 1/2021, 13.1 y 1577/2023, 15.11; *ant.* STS 1ª 639/1956, 29.10). No obstante, cuando se ha pedido la restitución de pagos recibidos por terceros por razón de la cláusula anulada a la entidad financiera (v. g. gastos notariales y registrales), también ha declarado que "para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente" (STS 1ª Pleno 725/2018, 19.12 y ATS 1ª Pleno rec. 1799/2020, 22.7.2021). Otra línea jurisprudencial (v. SSTs 1ª 1079/2006, 3.11 y 842/2011, 25.11) consideró, derechamente, que contravenir la legislación de consumidores "convierte en *indebido* y restituible lo pagado por los consumidores". Eclécticamente, "también se ha encuadrado esta acción en el grupo de las *condictio indebiti*, lo que permite completar la regulación de los arts. 1303 y siguientes CC con lo previsto en los arts. 1295 [1895] y siguientes CC, sobre el cobro de lo indebido, pues se pagó lo que nunca se debió, si bien excluyendo el requisito del pago por error" (STS 1ª 532/2021, 14.7; v. SSTs 1ª 791/2000, 26.7 y 1577/2023, 15.11 y juris. cit. observando lo insuficiente del art. 1303 CC; *et.* , implícitamente, STS 1ª 58/1970, 10.2).

99. En consecuencia, la privación al **profesional culpable** de la posibilidad de reclamar intereses al consumidor se desprende de la exégesis *a sensu contrario* del artículo 1896 I del Código Civil, apuntalada por la regla general del artículo 1895 precedente. En los antecedentes, expresamente, "el que de buena fé recibe una cantidad indebida, está obligado á restituir otro tanto" (art. 1896 I Proyecto de 1851; *ant.* C. 4.5.1[iii]; también art. 1352-7[ii] Code Civil; en Alemania § 818[3] BGB beneficia al engañado incluso frente a la liquidación por saldo, BGH 19.1.2001 V ZR 437/99: *lautius vixit non est locupletior*). Es más, los comentaristas incluso negaron la obligación de restituir los intereses (frutos), si el que recibió de buena fe la cantidad la prestó a interés (Gª GOYENA, *Concordancias IV* 1852 cit. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, 12.6.12 porque las usuras pertenecen a quien soporta el riesgo de solvencia [*periculum sortis*]).

100. A nuestro juicio, sea dicho a título ilustrativo, aunque lo decisivo no son las calificaciones dogmáticas sino garantizar el resultado prescrito por la jurisprudencia europea, la situación que le habría correspondido al consumidor "si la cláusula considerada abusiva *no hubiera existido nunca*" (STJUE *AxFina Hungary*, 47 cit. *Lombard Lizing*, 57) debe remediarse mediante la **acción de enriquecimiento general** o por causa inexistente (*condictio sine causa*; *not.* § 812[1][i] BGB; *ant.* SAVIGNY, *System V* 1841, 503). En Derecho español (como apuntaron las SSTs 1ª 655/2007, 14.6 y 697/2007, 22.6 y reconoció la STS 1ª Pleno 1392/2008, 15.1.2008), la reconstrucción de esta acción general no se agota en las normas de la restitución contractual. El artículo 1303 del Código Civil es una norma pseudocontractual que "configura una suerte de *condictio indebiti*" (STS 1ª 852/2008, 24.9; como *condictio* de prestación, STS 1ª 1385/2007, 8.1) y hasta se ha dicho que "la acción para obtener la restitución puede calificarse como *condictio indebiti* aunque no juegue el error" (SSTs 1ª 613/1984, 31.10 y 951/2005, 13.12). Como es una norma de la liquidación excesivamente simple ("laguna técnica"), debe completarse, también y especialmente aquí, con las normas del pago de lo indebido (*condictio indebiti*), porque estas normas, aunque están previstas para el pago por error, al distinguir entre la buena y mala fe de quien recibe la prestación (*accipiens*), permiten dispensar un tratamiento más adecuado al profesional responsable de la nulidad de la cláusula o del contrato, limitando su derecho a la restitución.

101. En **interpretación auténtica** del Legislador, precisamente bajo la rúbrica "Cobro indebido", el artículo 25 de la Ley 16/2011 prevé el derecho del consumidor a una indemnización mínima, siendo ley especial y ley posterior al Código Civil y a la Ley de Usura.

102. **E) La sanción del artículo 25 LCCC.** - En el **Derecho de la Unión**, el artículo 23 "Sanciones" de la Directiva 2008/48/CE dispone: "Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias".

103. En **Derecho español**, el artículo 25 LCCC "Cobro indebido" prescribe: "1. **Todo cobro indebido** derivado de un contrato de crédito devengará inmediatamente el interés legal. Si el interés contractual fuese superior al legal, devengará inmediatamente el primero. 2. Si el cobro indebido se hubiera producido por **dolo o negligencia del prestamista**, el consumidor tendrá el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que en ningún caso será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos o al del contrato, si es superior al interés legal, incrementado a su vez en cinco puntos". El artículo 13 de la Ley 7/1995 presentaba una redacción prácticamente idéntica.

104. Ni en la demanda ni en la contestación (lógicamente, en la contestación) se pidió la aplicación de esta norma, que es una **disposición más estricta**, en el sentido del artículo 23 de la Directiva 2008/48 que la Ley de Usura o que el Código Civil.



105. Sin embargo, "como ya ha recordado el Tribunal de Justicia, dicho juez está obligado a aplicar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de modo que se deduzcan **todas las consecuencias** que, según el Derecho nacional, nacen de la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión para alcanzar el resultado buscado por el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva [...]. Lo mismo sucede cuando, tras haberse declarado el carácter abusivo de una cláusula, se trata de determinar las consecuencias que deben extraerse de esa declaración para garantizar, conforme a la finalidad de la citada Directiva, un elevado nivel de protección del consumidor" (SSTJUE 25.11.2020 *Banca B. C-269/19*, 43 y 16.3.2023 *M.B. y otros (Efectos de la anulación de un contrato) C-6/22*, 62).

106. "El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar **de oficio** si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de **deducir las consecuencias** previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva" (por analogía, STJUE *Radlinger y Radlingerová*, 74 seq. STJUE 7.11.2019 *Profi Credit Polska C-419/18 y C-483/18*, 69).

107. No obstante, los **tribunales españoles** han sido renuentes a la aplicación de los artículos 13 de la Ley 7/1995 y 25 LCCC. Junto a la aplicación por inercia del Código Civil, influiría también una supuesta desproporción de la sanción para el prestamista, especialmente si se reputa que el prestamista actuó de mala fe.

108. Aunque el requisito de **proporcionalidad** no figuraba expresamente en la Directiva 87/102 y sí en la Directiva 2008/48, "constituye un principio general del Derecho de la Unión" (STJUE *Bank M.*, 73; también STJUE *Provident Polska*, 85).

109. Ciertamente, la redacción de la LCCC proviene de la Ley 7/1995, en un contexto de tipos de interés más elevados. Ahora bien, en otros ámbitos, el Derecho de la Unión prevé sanciones incluso más gravosas (p. ej. v. art. 2.1 6] Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (versión refundida)). Del mismo modo, en otras leyes sectoriales, como la legislación de seguros, los intereses punitivos alcanzan porcentajes igualmente elevados.

110. Ahora bien, la restitución al interés legal o contractual es una **consecuencia legal necesaria** -" *inmediatamente*"- (*ope legis*). "En nuestro Ordenamiento, existe esa disposición supletoria de Derecho nacional para la sobrecompensación del cliente, que es el artículo 25 de la Ley de contratos de crédito al consumo sobre "Cobro indebido", norma especial de redacción imperativa: [...]. La razón de la preferencia por el interés contractual es que, el mismo precio fijado en el contrato es el mejor indicador del valor subjetivo para el prestamista del dinero recibido (arg. DCFR VII 5:102[3] cit. SAP Madrid 9ª 29/2022, 20.1)" (SAP Madrid 10ª 644/2023, 15.11).

111. Por el contrario, la **exasperación** en cinco puntos de los anteriores tipos de interés es solo un " *derecho a la indemnización*" que, como tal derecho y por contraste con la fórmula del apartado primero del mismo artículo, está sujeto a rogación (art. 216 LEC), no habiéndose pedido aquí tal indemnización.

112. En consecuencia, procede adecuar las restituciones al régimen expuesto.

113. Finalmente, calculamos los **intereses moratorios** según la doctrina *Bank M. y mBank*, con la precisión de que los intereses del cobro indebido por la entidad financiera absorben los moratorios legales que son inferiores.

VI

COSTAS

114. Por el principio de **vencimiento** (art. 394.1 LEC) y el de **efectividad** (SSTJUE 16.7.2020 *Caixabanky Banco Bilbao Vizcaya Argentaria C-224/19 y C-259/19 y 13.7.2023 Cajasur Banco C-35/22*), se imponen a la parte demandada.

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

FALLO

Que debo estimar y **ESTIMO** la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:



Primero.- Declarar la **nulidad** del contrato de 28/11/2020 entre Caixabank Payments & Consumer, E.F.C., S.A.U. y Adelina .

Segundo.- **Condenar** a Caixabank Payments & Consumer, E.F.C., S.A.U. a la restitución de Adelina , por lo que la **acreditante** devolverá el total de lo percibido más los intereses al tipo contractual desde cada cobro, mientras que el **acreditado** tan solo devolverá las disposiciones de capital efectuadas más el interés legal desde el 22/2/2024.

Tercero.- Condenar al pago de las **costas** a la parte demandada.

Así, por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

* **Notifíquese** esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme y cabe interponer **recurso** de apelación contra ella del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

* **Archívese** el original de esta resolución en el Libro de sentencias y póngase testimonio literal en los autos de su razón.

Publicación.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por S.S.^a Ilma., estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado, doy fe.