



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00328/2024

Modelo: N10250
C/ DE LAS CIGARRERAS, 1
(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)
A CORUÑA

-

Teléfono: 981 182082/ 182083 **Fax:** 981 182081
Correo electrónico: seccion3.ap.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: BP

N.I.G. 15036 42 1 2022 0004206

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000394 /2023

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de FERROL

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000706 /2022

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: LUCIA MARIA JURADO VALERO
Abogado: PEDRO JOSE AMATE JOYANES
Recurrido: WIZINK BANK S.A
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

SENTENCIA

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmas. Sras. Magistradas:

Dª. María-Josefa Ruiz Tovar, Presidenta
Dª. Rosa Lama Marra
Dª. María del Carmen Vilariño López

En A Coruña, a veinticinco de junio de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmas. Señoras Magistradas que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 394/23**, interpuesto contra la sentencia dictada por el **Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol**, en autos de **procedimiento ordinario 706/22**; siendo parte **apelante-demandante**, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],



representado por la Procuradora Dña. Lucia María Jurado Valero, y bajo la dirección del Letrado D. Pedro José Amate Goyanes; y como **apelada**-demandada, "**WIZINK BANK S.A.**", con CIF A-81831067, y domicilio en C/Ulises 16-18, Madrid, representada en autos por la Procuradora [REDACTED]

[REDACTED] versando los autos sobre nulidad de tarjeta de crédito. Y, siendo Magistrada Ponente D^a María del Carmen Vilariño López.

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando los de la sentencia de fecha 28 de abril de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N^o 3 de Ferrol, cuya parte dispositiva, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE, DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora D^a. LUCÍA MARÍA JURADO VALERO, en nombre y representación de D. [REDACTED] contra WIZINK BANK S.A.:

1.- DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones ejercitadas contra la misma.

2.- Con expresa imposición de costas a la parte demandante".

PRIMERO. - La expresada sentencia fue recurrida en apelación por la demandante, y admitido a trámite, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la Procuradora Dña. Lucia María Jurado Valero.

SEGUNDO.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 13 de septiembre de 2023, se incoa el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando Ponente e indicando los componentes del Tribunal.

Se tiene por parte a la Procuradora Dña. Lucia María Jurado Valero en nombre y representación de [REDACTED], en calidad de apelante; y se tiene por parte a la Procuradora Dña. María Jesús Gómez Molins Procurador, en nombre y representación de "WIZINK BANK S.A.", en calidad de apelada.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.





TERCERO. - Por providencia de fecha 24 de mayo de 2024 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 11 de junio del año en curso, asumiendo la Ponencia a la Magistrada Dña. María del Carmen Vilariño López.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre las cuestiones objeto de litigio, y del recurso de apelación.

1.1.- [REDACTED] formuló demanda contra Wizink Bank S.A., por la que, en relación a contrato de tarjeta de crédito suscrito con fecha 8 de enero de 2015 con la entidad "bancopopular-e S.A." (ahora Wizink Bank S.A.), solicitó, con carácter principal, que se declarara la nulidad de dicho contrato por el carácter usurario del tipo de interés fijado; con carácter subsidiario, que se declarara la no incorporación o nulidad por falta de transparencia de las cláusulas relativas al tipo de interés del crédito y forma de pago, y la subsiguiente declaración de nulidad del contrato en su totalidad; con carácter más subsidiario, que se declarara la nulidad de las estipulaciones contractuales relativas al tipo de interés del crédito y comisiones si las hubiere, con la consiguiente eliminación de cualquier tipo de interés remuneratorio. En todo caso, ejercitando la correspondiente acción restitutoria.

1.2.- La entidad financiera formuló contestación a la demanda alegando que no era posible que, por comparación con los precios existentes en el mercado de la contratación, la TAE fijada en el contrato de crédito pudiese ser considerada usuraria. En relación con la pretensión subsidiaria mantuvo que la cláusula de interés remuneratorio superaba el doble control de incorporación y transparencia. Finalmente alegó que la acción restitutoria ejercitada conjuntamente con la acción de nulidad por usura y/o falta de transparencia estaba parcialmente prescrita.

1.3.- La sentencia desestima la demanda. En primer término, precisando que la TAE estipulada en el condicionado del contrato de autos del 27,24%, tanto para compras, como para disposiciones en efectivo y transferencias, no podría considerarse usuraria por aplicación del criterio jurisprudencial establecido en STS 442/2023, de 15 de febrero. Por otra parte, por no apreciar el Juzgador de instancia en las condiciones contractuales relativas a los sistemas de reembolso o modalidades de pago, falta de claridad en su incorporación o ausencia de transparencia en las cláusulas, entendiéndose que la cláusula cumpliría con las exigencias legales básicas de transparencia requeridas para su



incorporación a los contratos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, tanto desde el punto de vista formal como material

1.4.- Frente a dicho pronunciamiento se alza la demandante invocando como único motivo de apelación la infracción de la normativa relativa a la no superación de los controles de transparencia e incorporación. Solicita con carácter principal que la demanda sea estimada; y, frente a una hipotética sentencia desestimatoria, que no se le impongan las costas.

SEGUNDO.- Sobre la no superación del control de incorporación del contrato de autos.

2.1.- Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal se configure como una condición general de la contratación. En este caso es así. Las cláusulas que regulan el funcionamiento de la tarjeta, entre ellas, las relativas al interés remuneratorio, y su forma de operar, figuran en un condicionado general denominado "Reglamento de la tarjeta bancopopular-e".

2.2.- El artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, establece, en su redacción vigente a la fecha del contrato: "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". El artículo 7 establece: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: (...) b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Siendo el contrato de autos de fecha 8 de enero de 2015, resulta de aplicación lo establecido en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en la redacción dada por la Ley 3/14, de 27 de marzo como requisito de accesibilidad y legibilidad: "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 dificultase la lectura". Esto es, el legislador considera no legibles las estipulaciones cuya letra no alcance ese tamaño

2.3.- En este caso este requisito del tamaño mínimo no se cumple en el condicionado general contenido en "Reglamento de la tarjeta bancopopular-e", en la copia que se aportó a autos. El texto puede leerse ampliado en el visor del expediente judicial, pero si se imprime puede comprobarse que el tamaño de la letra no supera el milímetro y medio, lo cual, de por





sí, conforme a dicho precepto, sería suficiente para considerar no cumplido el requisito de accesibilidad. Además incide en ello la mínima separación entre las líneas, la inexistencia de párrafos o apartados diferenciados, de puntos y aparte, que no existe ningún resalte, y todo ello a doble columna; de modo que resulta preciso el uso de una lupa, no sólo para la lectura de su contenido, sino para la localización de las distintas cláusulas, entre ellas, la relativa a las modalidades de pago, y el "ANEXO" en donde figura recogido los tipos de interés. El uso durante cierto tiempo de la tarjeta de crédito, no permiten subsanar esa falta de transparencia en el momento de la contratación, y validar la cláusula en cuestión. La doctrina de los actos propios no resulta de aplicable a supuestos de nulidad radical o de pleno derecho.

En consecuencia, a diferencia de lo considerado por el Juzgador de instancia, entendemos que el contrato no supera el filtro de incorporación al no cumplir con las condiciones mínimas a los fines de que haber permitido al consumidor tomar conocimiento del funcionamiento de la operativa de la línea de crédito, en especial, de la modalidad de pago revolving en relación con los intereses remuneratorios establecidos, que exigen la normativa de aplicación, y la doctrina jurisprudencial recaída al respecto. Esta falta de transparencia formal determina la consecuencia anulatoria de origen del clausulado.

TERCERO.- Consecuencias de la nulidad de las cláusulas que regulan el funcionamiento de los intereses remuneratorios.

3.1.- La declaración de nulidad determina en principio el efecto devolutivo de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula. Pero, lógicamente, el interés remuneratorio es el elemento esencial del contrato.

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

El artículo 10.1 LCGC 7/1998, de 13 de abril señala: "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia". Y el art. 9.2 LCGC dice: "La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no



incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ".

Debe considerarse que "el contrato no puede subsistir sin tales cláusulas porque su supresión provocaría como consecuencia la modificación de la naturaleza del objeto principal del contrato (STJUE de 3 de junio de 2019)". Estamos ante un supuesto en que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las misma (STS 463/2019, de 11 de septiembre). No cabe duda de que una entidad bancaria no aceptaría firmar la financiación de compras de consumo sin obtener un beneficio.

3.2.- Resulta de aplicación del régimen previsto en el artículo 1303 del Código Civil: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Esta norma que tiene como fin conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior, operando sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley, y que, en casos de contratos ejecutados en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (STS 1/2021, de 13 de enero).

CUARTO.- No puede darse por acreditada en este caso la prescripción de la acción restitutoria alegada por la demandada.

4.1.- La tesis principal del recurrente, interpretando que el *dies a quo* del plazo prescriptivo debe fijarse en la fecha en que el consumidor realizó los pagos cuya restitución reclama, ha sido rechazada por la STJUE 22 de abril de 2021 (asunto C-485/19) ante el riesgo de que el plazo comience a contar en un momento en el que el consumidor todavía no sea consciente de sus derechos por no conocer el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, criterio que puede entenderse confirmado por la de 10 de junio de 2021 (asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19) y por la de 8 de septiembre de 2022 (asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21).

El Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021, por el que planteó decisión prejudicial ante el TJUE al respecto del día inicial del cómputo de la acción restitutoria de gastos de hipoteca, viene a incidir en este criterio, descartando el criterio objetivo de que el plazo de prescripción comience desde que se hicieron los pagos indebidos a consecuencia de la aplicación de la





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

cláusula abusiva. En dicho Auto el Tribunal Supremo expresamente dice: "El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el "enriquecimiento indebido" o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/1, apartados 51-52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad".

El Tribunal Supremo planteó como día inicial del cómputo - para el caso de fuese conforme con el principio de seguridad jurídica la interpretación de que el plazo no pueda empezar a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de la cláusula - la fecha de las sentencias del propio Tribunal Supremo "que fijaron doctrina jurisprudencial sobre efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)", o fechas de las sentencias del TJUE "que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior".

4.2.- Dicha cuestión ha sido resuelta por el TJUE en reciente sentencia de 25 de abril de 2024 (asunto C-561/21), en estos términos:

"Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha en que esa resolución haya adquirido firmeza, sin perjuicio de la facultad del profesional de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución.

2) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula de un contrato celebrado con un profesional cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos



comience a correr en la fecha, anterior, en la que el tribunal supremo nacional dictó, en otros asuntos, una serie de sentencias en las que declaró abusivas ciertas cláusulas tipo que se corresponden con la cláusula en cuestión de ese contrato.

3) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula de un contrato celebrado con un profesional cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme comience a correr en la fecha de determinadas sentencias del Tribunal de Justicia que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.

4.3.- En atención a dichas consideraciones, no puede entenderse en este caso prescrita la acción de restitución derivada de la nulidad declarada, por vulneración de la normativa de consumidores, en tanto que no existe ningún elemento de prueba de que el cliente pudiera haber tomado conocimiento de la nulidad de la cláusula, al menos, con anterioridad a haber autorizado la formulación a su nombre de la reclamación extrajudicial presentada en julio de 2021.

QUINTO.- Costas primera instancia; de segunda instancia; y depósito.

5.1.- La estimación de la petición subsidiaria supone que, en virtud del principio de vencimiento objetivo recogido en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proceda la imposición de costas a la demandada.

En este sentido se ha pronunciado con reiteración el Tribunal Supremo, conforme recoge la STS 590/2011, de 29 de julio: “Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (sentencias 4 de octubre de 2002, 18 de septiembre de 2001, 18 de diciembre de 1999, 27 de octubre de 1998, 11 de julio de 1997, 15 de marzo de 1997, 1 de junio de 1995, 30 de mayo de 1994, 27 de noviembre de 1993 y 29 de octubre de 1992, entre otras muchas) que la sentencia que acoge los pedimentos alternativos o subsidiarios de la demanda está estimándola totalmente, por lo que procede la imposición de las costas a los demandados, en virtud del principio de vencimiento objetivo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se hubiesen opuesto igualmente a estas pretensiones alternativas o subsidiarias, pues las dos o más peticiones alternativas no pueden acogerse conjuntamente, con lo cual el juzgador necesariamente ha de optar por una o por otra”.



5.2.- Al estimarse el recurso de apelación no procede imponer las costas devengadas en esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5.3.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de [REDACTED] frente a la sentencia de fecha 28 de abril de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Ferrol en los autos de que este rollo dimana, en los que es parte demandada Wizink Bank S.A., revocamos dicha resolución, y en su lugar, acordamos:

a) Estimamos la petición subsidiaria, declarando nulo por no superar el control de incorporación la cláusula sobre el interés remuneratorio y su funcionamiento del contrato de tarjeta de crédito suscrito en su día entre D. Antonio Gabeiras Barro y "bancopopular-e, S.A." (ahora Wizink Bank S.A) en fecha 8 de enero de 2015.

b) Declaramos que [REDACTED] deberá devolver a Wizink Bank S.A. todas las cantidades que le hubiesen sido financiadas, con el interés legal a contar desde cada disposición, y Wizink Bank S.A. deberá devolver a D. [REDACTED] todos los pagos que realizó, con sus correspondientes intereses legales desde cada pago, lo que se liquidará y compensará en ejecución de sentencia.

c) Condenar a Wizink Bank S.A. a abonar a [REDACTED] en su caso, el saldo resultante a su favor de dicha liquidación.

Se imponen a la entidad demandada las costas de primera instancia. Y no ha lugar a efectuar imposición de costas en esta alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.



Esta sentencia no es firme. Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución. Si el recurso se fundase en la infracción de normas de Derecho Civil de Galicia, el recurso de casación habrá de interponerse ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de apelación civil.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por las Ilmas. Señoras magistradas que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María del Carmen Vilariño López en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

