



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEPTIMA
GIJON**

SENTENCIA: ██████████/2022

**AUD. PROVINCIAL SECCION SEPTIMA
GIJON**

-

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION ██████████ /2021
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-██████████

Recurrente: ██████████
Procurador: ██████████
Abogado: AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO
Recurrido: WIZINK BANK S.A.
Procurador: ██████████
Abogado: ██████████

S E N T E N C I A

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA
JOSE MANUEL TERAN LOPEZ
PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN

En GIJON, a cinco de octubre de dos mil veintidós

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-██████████ ██████████ /2020, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de GIJON, a los que ha correspondido el





Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED] /2021, en los que aparece como parte apelante, [REDACTED], representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. [REDACTED] [REDACTED] asistido por la Abogada D^a. AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO, y como parte apelada, WIZINK BANK S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. [REDACTED] [REDACTED] asistido por el Abogado [REDACTED] [REDACTED], siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./D^a [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 28 de Septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED], contra la entidad mercantil "Wizink Bank S.A.", representada por la Procuradora [REDACTED] [REDACTED], debo acordar y acuerdo lo siguiente:

1º/ Se desestima la pretensión de la parte actora de que se repute y declare nulo, por usurario, el contrato de tarjeta de crédito a que se refiere el presente litigio, suscrito el día 28 de mayo de 2008 con "Citibank España, S.A." (hoy día, "Wizink Bank, S.A.") así como todas las consecuencias que, de haber sido estimada, derivarían de ello.

2º/ Se desestima la pretensión también deducida por la actora en el sentido de que se declare la nulidad de los intereses remuneratorios del mismo contrato por incumplimiento de los requisitos de transparencia, y no superar el control de



inclusión ni el de transparencia, así como todas las consecuencias que, de haber sido estimada, derivarían de ello.

3º/ Se declara la nulidad, por abusividad, de la cláusula general que impone el pago de una comisión de 35 € por reclamación de cuota impagada, por importe de 35 €, expulsando la misma del contrato y teniéndola por no puesta. En consecuencia, se condena a la demandada a devolver a la demandante las cantidades cargadas por tal concepto, más los intereses legales por ella generados y contados desde la fecha de cada cobro.

4º/ Se desestima la pretensión de que se declare la abusividad de la cláusula 17ª del Reglamento y su Anexo, que permite a la entidad demandada modificar al alza el interés aplicado a las compras y el importe de la comisión por reclamación de cuota impagada

5º/ No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referido a costas.”

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de ■■■■■ se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 20 de septiembre de 2022

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de apelación en lo que aquí interesa estima en parte la demanda interpuesta por la representación de ■■■■■■■■■■ contra la entidad Wizink Bank, SA, declarando declara la nulidad, por abusividad, de la cláusula general que impone el pago de una comisión de 35 euros por reclamación de cuota impagada, expulsando la misma del contrato, condenando a la demanda a reintegrar a la actora las cantidades por él pagadas en virtud de dicha cláusula, más los intereses legales por ellas generadas, contados desde la fecha de cada abono, desestimando la pretensión principal de declaración de la nulidad del contrato de crédito suscrito entre las partes, 28 de mayo de 2008 con "Citibank España, S.A." (hoy día, "Wizink Bank, S.A.") por usurario, con la anudada consecuencia legal de que el actor únicamente estará obligado a devolver el crédito efectivamente dispuesto, debiendo la demandada reintegrarle todas aquellas cantidades que hayan excedido del capital prestado; y la subsidiaria de la nulidad del contrato por incumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia conforme a la normativa de consumidores, y todo ello con los efectos previstos del artículo 1303 del CC.-

Frente a dicha resolución se formula recurso de apelación por la representación de ■■■■■■■■■■ alegando una indebida aplicación de la norma así como del criterio fijado por el Tribunal Supremo tras sus Sentencias de 25 de noviembre de 2015 y 4 de marzo de 2020, con relación a los criterios a valorar para declarar usurario un contrato de préstamo o crédito; y una errónea apreciación de la prueba practicada en su conjunto alcanzando el Juzgador una convicción contraria a la lógica.-

SEGUNDO.- Conviene precisar en primer lugar que, con independencia de la génesis de la concertación del contrato, y de que la amortización de las disposiciones por medio de la tarjeta permita fórmulas que no impliquen el cobro de intereses remuneratorios, es lo cierto que si se opta por un pago aplazado se prevé el cobro de tales intereses, por lo que el contrato está sujeto a la normativa invocada en la demanda y aplicada en la sentencia, y así el art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, establece: *«será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».*

La resolución de proceso, y específicamente de los motivos del recurso, viene determinada tal como hemos señalado en Sentencia 14 de mayo de 2020 por la jurisprudencia sentada por la sentencia de Pleno dictada por el Tribunal Supremo el 25 de noviembre de 2015, que en buena medida ha sido ratificada por la ulterior, también de Pleno, de 4 de marzo de 2020, de las que se extraen las siguientes consideraciones:

1º) El Tribunal Supremo prescinde del requisito subjetivo para considerar como usurario un préstamo, y considera suficiente a estos efectos que concurran los dos presupuesto objetivos, a saber: se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija *«que ha sido aceptado por el*

prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

2º) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

3º) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal», puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas, sin que sea correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero. Añadiendo que al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

4º) Dentro de los diversos índices de referencia publicados por dicho Banco, en la primera de las sentencias mencionadas acudió al tipo medio de las operaciones de crédito al consumo

(entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving), señalando la sentencia de 4 de marzo de 2020, que tal cuestión no era objeto de discusión en el recurso de casación, puesto que lo que en este se discutía en realidad es si la diferencia entre el interés del crédito revolving objeto de aquel litigio superaba ese índice en una proporción suficiente para justificar la calificación del crédito como usurario, añadiendo que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o revolving, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

5º) En la última de las sentencias mencionadas concurre que "Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes



son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio”.

Son estos por tanto los criterios de los que hemos de partir, aun cuando, haya sido otra la posición la que había adoptado esta Sala sobre este último punto.-

TERCERO.- En el supuesto de autos estamos ante un contrato de tarjeta de crédito Citi Visa/Mastercard celebrado el 28 de mayo de 2008 que fija una TAE del 24,71 % para compras y del 26,82 % para disposiciones en efectivo, y pasando en mes de marzo de 2009 a unificarse ambas TAE al 26,82 % en dicho año no existían aun índices de referencia específicos para este tipo de operaciones publicado por el Banco de España, sino que el índice general para operaciones de crédito al consumo, comprendía también los créditos mediante tarjetas de crédito, siendo el tipo medio ponderado en mayo de 2008 del 9,9810 % por lo que hemos de concluir que el pactado en este caso era notoriamente superior al normal en dicho año, ya que duplica ampliamente dicho interés.

Pero si acudimos al índice específico de crédito mediante tarjetas de crédito y tarjetas revolving, publicado a partir del mes de junio de 2010, éste ha oscilado entre el 19 % al 21% y por tanto también son notablemente superiores al tipo medio para esas operaciones; por lo que siguiendo los parámetros de la sentencia de 4 de marzo de 2020, que consideró que así acontecía en el supuesto por ella enjuiciado (el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y revolving era algo superior al 20%, el interés aplicado por entidad financiera lo era del 26,82%), argumentando que tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la



comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado, y que cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura, y que de no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso.-

CUARTO.- Como señalan dichas resoluciones del Tribunal Supremo, corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, sin que puedan considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

En el supuesto de autos, nada se prueba al respecto, puesto que las razones a la que la parte alude en su recurso, pueden justificar la fijación en los contratos de tarjeta de crédito o revolving de unos intereses superiores en los que con carácter general se fijan en los crédito al consumo conferidos

por otras vías, más una vez constatado que el interés estipulado en este caso es notoriamente superior al normal para aquel tipo de operaciones, deberían ser otras circunstancias, que tampoco se alegan las que específicamente en el supuesto de autos lo justificasen. Por todo ello el recurso debe estimarse.

QUINTO.- Por otra parte en la contestación a la demanda, la entidad Wizink Bank S.A., alega la doctrina de los propios actos dado el tiempo transcurrido sin que el demandante mostrase oposición alguna al interés pactado.

En este sentido, la Sala ya se ha pronunciado en un supuesto similar en Sentencia de 10 de octubre de 2021, señalando que no considera aplicable la mentada doctrina en el supuesto de autos, por cuanto el hecho de haber abonado los intereses pactados no es un acto concluyente al respecto, si la actora no era consciente de la anormalidad de los mismos y su carácter desproporcionado, lo que buenamente pudo suceder si la propia apelada alega que este tipo de intereses era el que normalmente aplicaban las financieras en este tipo de operaciones, y ella no era consciente de sus derechos, y de otro lado, porque como señala la apelada, el carácter usurario del crédito conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como «radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva», Sentencia núm. [REDACTED] 2.009, de 14 de julio, por lo que no pudo la demandada esperar de la conducta del demandante su conformidad con la validez del negocio y la convalidación del mismo.-

SEXTO.- Por lo que respecta a las costas de primera instancia, en el escrito de contestación formulado por la entidad Wizink



Bank S.A., por la existencia de serias dudas de derecho, con cita de numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales, incluida de las Sentencias dictadas por Sección 6ª de esta Audiencia Provincial.

No procede estimar dicho motivo, baste para ello señalar que se resuelve la cuestión de la nulidad del contrato sobre la base de una doctrina del Tribunal Supremo que ha sido acogida por otras muchas Audiencias, y que ha sido plenamente acogida por esta Audiencia Provincial en resoluciones anteriores al de la interposición de la demanda, doctrina que ha sido también recogida por esta Sala en resoluciones posteriores, por lo que resulta evidente que la apelante también tenía oportunidad de conocer cuál era al criterio al respecto de esta Audiencia, y la decisión a adoptar con independencia de que otros órganos judiciales no hubiese seguido dicho criterio.

Debe señalarse además, que aquella doctrina jurisprudencial ha sido reiterada por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 4 de marzo de 2020, con el único matiz de aclarar que "la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede





disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, del TAE del interés remuneratorio".

Por otra parte este Tribunal no desconoce las resoluciones que respecto a este materia ha venido dictando la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial, pero debe ponerse de manifiesto que este no es el criterio sostenido por las otras Secciones Civiles de esta Audiencia que siguen el mismo criterio de esta Sección, así por citar algunas de las más recientes, la Sentencia de 24 de julio de 2020 de la Sección 4ª (Rec. 300/2020) señala que "Este motivo no puede ser acogido. Reiterando lo ya razonado en ocasiones anteriores ante este mismo planteamiento, habrá de recordarse nuevamente que esta Audiencia a través de múltiples resoluciones, la mayoría dictadas antes del inicio de este proceso, venía sancionando como usurarios contratos con intereses similares al aquí enjuiciado, en criterio consolidado que se ajustaba a lo razonado sobre el particular en la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. Ninguna duda debería tener el Banco, concededor de esta línea al haber sido parte en numerosos procesos sobre la misma materia. Es cierto que la sentencia de 4 de marzo de 2020 antes citada introdujo una importante modificación, pues se apartó del anterior criterio de comparar los intereses de estos productos con los aplicados en los préstamos al consumo. Sin embargo, el carácter usurario del presente contrato no plantea dudas tampoco con esta nueva doctrina. Establece el Alto Tribunal que dados los elevadísimos intereses de los que se parte, es muy escaso el margen existente para no incurrir en usura. En este caso el tipo pactado ascendía al 26,08% TAE, según se dice en la demanda y no se discute. La sentencia de 4 de marzo



de 2020 tuvo por usurario un tipo muy similar al que es objeto de este litigio. En definitiva, las dudas que pudieran existir acerca de cuál debiera ser la referencia válida a estos efectos en nada incidían en el éxito de la pretensión ejercitada, que era patente debía ser acogida, ya se acudiese a una u otra pauta.”

En términos similares se pronuncia la Sección 5ª en Sentencia de 24 de julio de 2020 (Rec. 286/2020) al señalar que “La Sala estima que el primer motivo del recurso no ha de prosperar y ello aún no siendo de aplicación el criterio del contraste o comparación del interés del producto, es decir la tarjeta de crédito con el de créditos al consumo, toda vez que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2.020 se decanta por el criterio de la especificidad y considera que tal comparación ha de hacerse con el interés del mercado de las tarjetas de crédito. Nos encontramos con que el presente caso a la vista del interés inicial fijado y sucesivo, el mismo excede, como señala la Juzgadora "a quo", con creces el normal interés del dinero, pues en la época de la concertación del contrato los créditos al consumo según la tabla de intereses del Banco de España, era del 7,77%. Pero es que además de aplicarse, como señala la sentencia del Tribunal Supremo citada de 4 de marzo de 2.020 los intereses de tarjetas de crédito de pago aplazado, nos encontramos con que en mayo de 2.010 se excluyó de los créditos al consumo las tarjetas de crédito de pago aplazado y que en el año 2.011 estas tarjetas tenían un interés del 20,45%, por lo que aún estando al tipo de las tarjetas teniendo en cuenta la proximidad de la fecha de concertación del contrato con la aparición de una columna específica para los intereses de las tarjetas de crédito de pago aplazado, el inicialmente estipulado y posteriormente elevado interés de la tarjeta de

crédito concertada excedía en tres puntos el índice fijado en la publicación del Banco de España. Siendo así, resulta claro que no existe ninguna duda de derecho y que por tanto no ha lugar a modificar el pronunciamiento de costas de la primera instancia.”

Así en el presente supuesto en el contrato de tarjeta de crédito Visa Barclaycard celebrado el 30 de marzo de 2013 e fija una TAE del 26,70 %, , siendo que tanto si aplicamos el criterio fijado por la STS de 25 de noviembre de 2015 y acudimos al índice de tipos de interés (media ponderada) de crédito al consumo en el mes de marzo de 2013 era del 8,961 %, por lo que el pactado triplica dicho índice; como si acudimos conforme a la STS de 4 de marzo de 2020 al índice específico de crédito mediante tarjetas de crédito y tarjetas revolving fijado por el Banco de España para ese mes como ya señalamos era de 21,062 %, debe considerarse que el interés pactado es un interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, por lo que deben imponer a la demandada las costas de la instancia

SEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el art. 398 n° 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar el recurso no procede expresa declaración en cuanto a las ocasionadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación

FALLO



Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de los de Gijón, en autos de juicio ordinario n^o [REDACTED]/2020, la cual se revoca y en su lugar se estima íntegramente la demanda interpuesta por dicha apelante contra la entidad Wizink Bank S.A., y en consecuencia se declara la nulidad del contrato de crédito suscrito entre las partes, el 28 de mayo de 2008 por usuario, condenando a la entidad demandada a restituir a Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] la suma de las cantidades percibidas en la vida del crédito que excedan del capital prestado, más los intereses legales devengados de dichas cantidades, así como al pago de las costas causadas en primera instancia, sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

