



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

## AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00079/2023

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: IS

N.I.G. 15059 41 1 2022 0000295

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000026 /2023-L**

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de ORDES  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000130 /2022

**Recurrente: WIZINK BANK S.A**

Procuradora: [REDACTED]

**Recurrido: [REDACTED] S**

Procuradora: D<sup>a</sup>. LUCIA MARIA JURADO VALERO

Abogado: D. PEDRO JOSE AMATE JOYANES

## SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María-Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Don Rafael-Jesús Fernández-Porto García

Don César González Castro

En A Coruña, a 8 de marzo de 2023.

Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 26-2023** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 2022 por la Sra. Juez sustituta del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ordes**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 130-2022, siendo parte:

Como **apelante**, el demandado **“WIZINK BANK, S.A.”**, con domicilio social en Madrid, calle Ulises, 16 y 18, con número de identificación fiscal A-81 831 067, representado



por la procuradora de los tribunales [REDACTED]

Como **apelado**, e [REDACTED],  
mayor de edad, vecino de Ordes (A Coruña), [REDACTED],  
[REDACTED], representado por la  
procuradora de los tribunales doña Lucía-María Jurado Valero, y dirigido por el abogado don  
Pedro-José Amate Joyanes.

Versa la apelación sobre declaración de nulidad de contrato de tarjeta de crédito *revolving* por usura.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Sentencia de primera instancia.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 18 de octubre de 2022, dictada por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ordes, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «*FALLO: Estimar la pretensión ejercitada con carácter principal, en la demanda formulada por la procuradora D<sup>a</sup> Lucía María Jurado Valero en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad Wizink Bank S.A., representada por la procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Gómez Molins, y, en consecuencia, declarar que el contrato de tarjeta de crédito de fecha 30 de noviembre de 2012, suscrito entre las partes es nulo –lo que acarrea la nulidad del contrato de seguro, accesorio a aquél- por contener un interés remuneratorio usurario, de acuerdo con la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, condenando a la citada demandada a reintegrar a la actora cuantas cantidades abonadas durante la vida de la tarjeta, excedan del total del capital prestado, a calcular en ejecución de sentencia, con los intereses legales del artículo 1108 del CC desde la fecha de interposición de la demanda, y los del artículo 576 de la LEC, desde la de la presente resolución, y expresa imposición de costas.*





*Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación que se preparará ante este Juzgado en el plazo de veinte días a partir de su notificación.*

*Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo».*

**SEGUNDO.- Recurso de apelación.**- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por “Wizink Bank, S.A.”, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por don José-Roberto González Campos escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 9 de enero de 2023, previo emplazamiento de las partes para que se personasen ante este tribunal.

**TERCERO.- Admisión del recurso.**- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 17 de enero de 2023, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 18 de enero de 2023, registrándose con el número 26-2023. Finalizado el término del emplazamiento, por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 6 de febrero de 2023 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal, designando ponente y dando cuenta a la Ilma. Sra. presidenta de la Sección de la llegada del recurso.

**CUARTO.- Personamientos.**- Dentro del término del emplazamiento se personó ante esta Audiencia Provincial la procuradora de los tribunales doña María-Jesús Gómez Molins en nombre y representación de “Wizink Bank, S.A.”, en calidad de apelante y para sostener el



recurso; así como la procuradora de los tribunales doña Lucía-María Jurado Valero, en nombre y representación de [REDACTED] en calidad de apelada.

**QUINTO.-** *Señalamiento.-* Por providencia se señaló para votación y fallo el día de ayer, en que tuvo lugar.

**SEXTO.-** *Ponencia.-* Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, quien expresa el parecer del tribunal.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Fundamentación de la sentencia apelada.-* Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones, salvo en el particular que se dirá.

**SEGUNDO.-** *Objeto del litigio.-* La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1.º) El 30 de noviembre de 2012 se suscribió un contrato de tarjeta de crédito, modalidad *revolving*, [REDACTED] y “Citibank España, S.A.” (actualmente gestionada por “Wizink Bank, S.A.”), estableciéndose un interés del 26,82 % TAE.

2.º) El 3 de abril de 2022 se formuló demanda en procedimiento ordinario por razón de la materia (invocando que como petición subsidiaria se interesaba la nulidad de condiciones generales de contratación) en nombre [REDACTED]s contra “Wizink Bank, S.A.”, solicitando en primer lugar la declaración de nulidad del contrato por usura, con devolución de lo que se hubiese abonado en exceso sobre el capital dispuesto, intereses y costas.





3.º) La entidad financiera se opuso a la demanda aduciendo la prejudicialidad civil, la incorrección de comparar con el interés TEDR publicado en el Boletín Estadístico del Banco de España, y sosteniendo que el interés del 26,82 % TAE era el normal del dinero a la fecha de contratación, atendiendo al aplicado habitualmente a este tipo de tarjetas por las demás entidades financieras, según se recogía en el informe de «Compass Lexecon» que acompañaba.

4.º) Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia considerando usurario el tipo de interés aplicado, declarando la nulidad del contrato, con imposición de costas al demandado.

Contra dichos pronunciamientos se interpone por “Wizink Bank, S.A.” recurso de apelación ante esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.- El interés de comparación.-** El primer motivo del recurso analiza distintos medios que publicitan el interés aplicado, para sostener que el tipo del 26,82 % TAE debe considerarse como normal del mercado en el año 2012.

El motivo debe ser estimado.

1.º) No existe inconveniente en aceptar que debe tomarse como término de comparación el interés habitual en el mercado financiero para los aplazamientos de disposiciones realizadas con tarjetas de crédito y tarjeta *revolving*, y no los tipos de interés de los préstamos al consumo, tal y como establecen las sentencias 149/2020, de 4 de marzo (Roj: STS 600/2020, recurso 4813/2019), 367/2022, de 4 de mayo (Roj: STS 1763/2022, recurso 812/2019) y 643/2022, de 4 de octubre (Roj: STS 3503/2022, recurso 2108/2019). No es lo mismo prestar dinero para una operación de financiación de una concreta adquisición de un bien, que otorgar una línea de crédito de libre disposición, donde su destino habitual suele ser el consumo. Es una operación que conlleva un mayor riesgo financiero, y por lo tanto se remunera con un superior interés. El interés sigue siendo el premio al riesgo.



La sentencia 628/2015, de 25 de noviembre (Roj: STS 4810/2015, recurso 2341/2013) de Pleno consideró usurario un contrato *revolving* en el que se fijaba un interés remuneratorio del 24,60 % TAE; pero lo comparó con el «interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo». Esta resolución fue ampliamente comentada, por cuanto la comparación se hizo con operaciones de crédito al consumo, que tienen un interés inferior a las disposiciones realizadas mediante tarjetas de crédito [hecho que no fue cuestionado en el recurso y por lo tanto se trató como un elemento fáctico del que debía partirse en todo caso, como indica la sentencia 367/2022, de 4 de mayo (Roj: STS 1763/2022, recurso 812/2019)]. Por lo que no puede estimarse que el tipo fijado en esta resolución del Alto Tribunal deba considerarse sistemáticamente como usurario, ni tampoco se estableció que todo interés que supere el 24,60 % tiene *per se* ese carácter.

2.º) También se comparte con el recurrente que el Boletín Estadístico del Banco de España no publica la TAE (que sería el verdadero término de comparación), sino el TEDR, que es siempre inferior, al no incluir las comisiones, tal y como se indica en la propia tabla del boletín estadístico. Es decir, la afirmación del Tribunal Supremo sobre que el término de comparación sean los índices publicados en estos boletines debe ser interpretada en el sentido de que se trata de una información que sirve como criterio orientativo, no un valor absoluto, porque no son términos homogéneos los que se analizan.

3.º) La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 258/2023, de 15 de febrero establece doctrina, entre otras cuestiones, sobre la comparación entre el TEDR (interés que figura en el Boletín Estadístico del Banco de España) y el TAE, por cuanto «la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea “notablemente”. El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE», añadiendo que «Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos)». Y establece que debe considerarse «más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales» para determinar si el contrato de tarjeta *revolving* debe considerarse usurario o no.





ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

Establecido que al TEDR que publicaba el Boletín Estadístico del Banco de España del 20,90 %, hay que añadirle un diferencial por las comisiones, la diferencia con el interés aplicado del 26,82 es inferior a los seis puntos, debiendo descartarse la usura. Por lo que el recurso debe estimarse en este particular.

**CUARTO.- La transparencia en la oferta de contratar una tarjeta “revolving”.-**

Cuando en la sentencia de primera instancia se ha estimado una pretensión y no se han examinado las demás igualmente ejercitadas, apelada por el demandado y estimada la apelación, el tribunal de segunda instancia debe entrar a conocer de las otras pretensiones no resueltas por la sentencia de primera instancia; todo ello sin necesidad de que la parte que las formuló, el demandante, apele o impugne a su vez la sentencia del juzgado para sostenerlas de forma expresa en la segunda instancia, y sin necesidad tampoco de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia [SSTS 526/2020, de 14 de octubre (Roj: STS 3236/2020, recurso 1933/2018); 369/2019, de 27 de junio (Roj: STS 2112/2019, recurso 289/2017); 10 de marzo de 2015 (Roj: STS 1412/2015, recurso 501/2013); 532/2019, de 19 de septiembre de 2013 (Roj: STS 4673/2013, recurso 2008/2011) de Pleno; 12 de enero de 2012 (Roj: STS 245/2012, recurso 642/2010) y 9 de junio de 2011 (Roj: STS 3633/2011, recurso 14/2008)]. Al estimarse el recurso y rechazarse la acción principal que prosperó en primera instancia, es obligado analizar las acciones subsidiarias planteadas en la demanda. Y la primera solicitud subsidiaria es la declaración de nulidad de la cláusulas relativas al tipo de interés y forma de pago, en cuanto las considera no transparentes, pidiendo que se declare la nulidad del préstamo por no poder subsistir sin esa cláusula.

La acción debe ser estimada.

1.º) El interés es un elemento esencial en un contrato bancario de tarjeta de crédito de pago aplazado. La razón de otorgar plazo para el pago es porque la entidad prestamista obtiene un beneficio, y forma parte de su actividad empresarial básica.



Para que pueda realizarse un control de abusividad de una cláusula que afecta a los elementos esenciales del contrato necesariamente ha de considerarse previamente como no transparente, sin que quepa un control de contenido directo [SSTS 47/2021, de 2 de febrero (Roj: STS 269/2021, recurso 3226/2018), 660/2020, de 10 de diciembre (Roj: STS 4068/2020, recurso 2181/2018) y 585/2020, de 6 de noviembre (Roj: STS 3550/2020, recurso 3990/2016) de Pleno].

Es más, es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva; la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad [SSTS 211/2022, de 15 de marzo (Roj: STS 1051/2022, recurso 3575/2017); 125/2022, de 16 de febrero (Roj: STS 601/2022, recurso 3081/2017); 585/2020, de 6 de noviembre (Roj: STS 3550/2020, recurso 3990/2016) de Pleno; 335/2020, de 22 de junio (Roj: STS 2179/2020, recurso 3503/2017) y 283/2020, de 11 de junio (Roj: STS 1597/2020, recurso 4016/2017)].

Pero, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. El control de transparencia se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Y ahí sí puede analizarse la abusividad [SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; de 26 febrero de 2015, C-143/13 , Matei) y 31 de marzo de 2022 dictada en el asunto C-472/20, y SSTS 660/2020, de 10 de diciembre (Roj: STS 4068/2020, recurso 2181/2018); 585/2020, de 6 de noviembre (Roj: STS 3550/2020, recurso 3990/2016) de Pleno y 121/2020, de 24 de febrero (Roj: STS 504/2020, recurso 3164/2017), entre otras muchas].

2.º) Superado el control de incorporación, la cláusula deba pasar también el control de transparencia propiamente dicho (también denominado material), que imponen los artículos





4.2 de la Directiva 19/1993 y 60.1 y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Consiste en la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación para el consumidor, que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo; que ese plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Respecto de estas cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige un plus de información, para que su trascendencia jurídica o económica no pase inadvertida al consumidor, pese a superarse los requisitos de incorporación. Tal es la correcta interpretación que se establece en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (caso Kásler de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), 23 de abril de 2015 en el asunto C 96/14 (Jean Claude Van Hove/CNP Assurances SA), 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), y de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo [SSTS 335/2020, de 22 de junio (Roj: STS 2179/2020, recurso 3503/2017); 283/2020, de 11 de junio (Roj: STS 1597/2020, recurso 4016/2017), 54/2020, de 23 de enero (Roj: STS 106/2020, recurso 2009/2017), 23/2020, de 20 de enero (Roj: STS 98/2020, recurso 1662/2017); 433/2019, de 17 de julio (Roj: STS 2503/2019, recurso 930/2017), 422/2019, de 16 de julio (Roj: STS 2345/2019, recurso 1042/2017), 209/2019, de 5 de abril (Roj: STS 1216/2019, recurso 3303/2016), 7/2019, de 11 de enero (Roj: STS 43/2019, recurso 1091/2016); 728/2018, de 20 de diciembre (Roj: STS 4358/2018, recurso 1451/2016); 36/2018 de 24 de enero (Roj: STS 139/2018, recurso 1586/2015); 608/2017, de 15 de noviembre (Roj: STS 3893/2017, recurso 2678/2015) de Pleno; 251/2017 de 25 de abril (Roj: STS 1631/2017, recurso 2981/2014); 14 de julio de 2016 (Roj: STS 3412/2016, recurso 1668/2014) de pleno; 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015, recurso 2351/2012) de Pleno y 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012, recurso 46/2010).

3.º) Como se ha dicho de este tipo de tarjetas y préstamos *revolving*, el problema es que se presenta como un crédito muy útil, donde se permite realizar desembolsos de pequeña



cuantía, prometiendo unas grandes facilidades de devolución. Su riesgo es que fomenta el endeudamiento excesivo. Si se elige una cuota pequeña, dados los altos tipos de intereses el cliente se encontrará con que, después de estar pagando cuotas durante mucho tiempo, pues la amortización de capital es mínima. Se genera una falsa impresión de que se tiene una situación económica desahogada, se puede comprar todo. Sin embargo, lo que acontece es que la cuota pagada cada mes puede no ser suficiente ni siquiera para pagar los intereses generados, con la consecuencia de que la deuda no pare de crecer, pudiendo no percatarse el cliente del problema hasta pasado un tiempo. Es decir, no supera el control de transparencia material, porque el cliente no es informado del riesgo que asume. Es lo que en la sentencia 149/2020, de 4 de marzo (Roj: STS 600/2020, recurso 4813/2019) resalta cuando hace hincapié en que las cuantías de las cuotas poco elevadas, en comparación con la deuda pendiente, genera que:

1) Se alarga anómalamente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas.

2) Los pagos mensuales se distribuyen en una elevada proporción para pago de intereses y poca amortización del capital.

3) El prestatario se puede convertir en un deudor «cautivo», pues en ocasiones no llegan ni para saldar los intereses, por lo que los intereses restantes y comisiones se capitalizan para devengar nuevo interés remuneratorio. Simplemente: Nunca llega a pagar la deuda, sino que cada vez aumenta más.

La carga económica real que supone operar con una tarjeta *revolving* no es fácilmente comprensible para el «consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Inicialmente solo lo detecta gente muy informada y con una formación económica superior a la media.

4.º) No superando el control de transparencia material, sí procede entrar en el análisis de la posible abusividad de la cláusula. Aunque debe recordarse que en algunos casos se ha considerado que la mera falta de transparencia ya provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, como acontece en las cláusulas suelo [SSTS 427/2020, de 15 de julio (Roj: STS 2516/2020, recurso 928/2018); 411/2020, de 7 de julio (Roj: STS 2415/2020, recurso 4927/2017) y 335/2020, de 22 de junio (Roj: STS 2179/2020, recurso 3503/2017)].





Por otra parte, la cláusula debe examinarse desde todos los aspectos, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por la entidad bancaria, así como «el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Y, sobre todo, debe comprobar «si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» [STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C 224/19 y C 259/19 (CY y Caixabank, S. A., y, LG y PK, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.), y SSTs 513/2022, de 28 de junio (Roj: STS 2728/2022, recurso 5976/2019); 121/2020, de 24 de febrero (Roj: STS 504/2020, recurso 3164/2017) y 334/2017 de 25 de mayo (Roj: STS 2016/2017, recurso 2306/2014) de Pleno, entre otras muchas].

Al realizar este control de abusividad, hemos de concluir que al ofertar la tarjeta *revolving* no se actuó leal y equitativamente con el cliente, se prerredactaron unas cláusulas que configuran una relación contractual de naturaleza compleja, ofertando una tarjeta de crédito que aparentaba tener un sistema de amortización muy atractivo, que permitía realizar gastos que se sufragarían con cuotas ínfimas, asequibles a cualquiera. Lo que se oculta es que se convierte al cliente en un deudor cautivo, como se detalla por el Tribunal Supremo. Si se hubiese informado correctamente al cliente, nunca habría aceptado ese tipo de crédito. Y el oferente sabía que, en una actual legal y equitativa, no debía proponerla.

Por lo que la cláusula que establece todo el sistema de amortización *revolving* debe considerarse abusiva, y por lo tanto nula.

5.º) Pero el resultado no arrastra la nulidad del contrato, como solicita la parte demandante, hoy apelada, sino simplemente la nulidad de la cláusula. Un contrato de crédito puede subsistir a interés cero, o cancelarse cuando se tenga por conveniente.

**QUINTO.- *La prescripción.***- En el segundo motivo del recurso se reitera el argumento de la prescripción de la acción restitutoria, como diferenciada de la acción de nulidad del préstamo, por aplicación del plazo establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las



acciones personales. Y, en concreto, que teniendo en consideración la fecha en que se formuló la reclamación extrajudicial, deben considerarse prescrita la acción de resarcimiento en cuanto a los intereses abonados con anterioridad al 24 de febrero de 2016.

El motivo no puede ser estimado.

1.º) Debe reconocerse que la cuestión planteada por el recurrente es una de las más debatidas en la actualidad. Ha resurgido con fuerza tanto por las reclamaciones de gastos derivados de los préstamos hipotecarios y cláusulas suelo, como por la pretensión de nulidad por usura de las tarjetas *revolving*. Lo que se plantea es si esos contratos que bien contienen cláusulas que se anulan (por ejemplo, los préstamos hipotecarios), o bien son nulos en su totalidad (por ejemplo, por usura), y que por lo tanto pueden ser declarados nulos en cualquier momento [“la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción”, recoge la STS 85/2020, de 6 de febrero (Roj: STS 311/2020, recurso 904/2017)], conlleva que puede retrotraerse la reclamación económica de devolución de lo pagado de más a cualquier tiempo anterior. Llevando la cuestión al extremo, se podría plantear que, si una persona concertó en 1930 o en 1960 un contrato de préstamo en unas condiciones que deben considerarse usurarios podría hoy, él o su derechohabiente, ejercitar la acción de nulidad y además reclamar la devolución de lo pagado en exceso sobre el capital prestado, con los intereses legales desde entonces. Lo que se cuestiona es si no hay un límite temporal para poder revisar los efectos económicos del contrato que se declara nulo radical, o nula la cláusula que afecta al interés, comisiones o gastos.

Actualmente la mayoría de la doctrina científica, a la hora de estudiar la nulidad contractual absoluta, se inclina por diferenciar la existencia de dos acciones: La acción declarativa de la nulidad, y la acción de restitución de los efectos económicos que haya podido producir el contrato declarado nulo. Mientras la primera, siguiendo la línea doctrinal y jurisprudencial clásica, se considera imprescriptible, la segunda estaría sometida al plazo de prescripción de las acciones personales que prevé el artículo 1964 del Código Civil.





La cuestión no es nueva pues ya la sentencia 181/1964, de 27 de febrero (Roj: STS 4354/1964 y RJ Aranzadi 1152/1964) recoge de forma contundente la diferencia entre la acción de nulidad (imprescriptible) y la acción restitutoria (que sí prescribe), cuando afirma:

«... en el presente pleito se deducen verdaderas “pretensiones jurídicas envejecidas”, a las que ha de poner límite el instituto de la prescripción [...] la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos “todos”, estarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de los que constituye su esencia [...] está la institución encaminada, especialmente, a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y “a toda clase de derechos”, emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a estricta Justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que lo originariamente inválido cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1.930 se declara la prescriptibilidad de los “derechos y acciones, de cualquier clase que sean”; en los artículos 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos



de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965...»

Más recientemente, la sentencia del Pleno de la Sala Primera 47/2019, de 23 de enero (Roj: STS 103/2019, recurso 4912/2017) parece apuntar en la misma línea.

La jurisprudencia del TJUE también permite esta diferenciación, aunque introduciendo una importante matización. Constituye un clásico la sentencia de 16 de julio de 2020 (Roj: PTJUE 176/2020, ECLI:EU:C:2020:578) en el asunto C-224/19 y C-259/19, en la que establecen tres premisas:

**(a)** Puede aplicarse un plazo diferente para la acción de nulidad y para el efecto restitutorio:

«... el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad».

**(b)** El plazo de prescripción de 5 años (actual artículo 1964 del Código Civil) no puede considerarse en sí mismo restrictivo de los derechos del consumidor:

«...debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los dere-





chos conferidos por la Directiva 93/13»

(c) Pero con una matización: el plazo prescriptivo debe contarse desde que el consumidor tiene o podía tener conocimiento de la causa de la nulidad:

«...la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato -con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula-, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica»

Por lo que el TJUE declara:

«4) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución».

Esta doctrina del TJUE se reitera en la sentencia de 22 de abril de 2021 (Roj: PTJUE 101/2021, ECLI:EU:C:2021:313), en el asunto C-485/19:

«El principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la acción ejercitada por



un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas... está supeditada a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto»

Y en la sentencia de 10 de junio de 2021 (Roj: PTJUE 150/2021, ECLI:EU:C:2021:470), asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19

«1) 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, deben interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor:

- a efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, a un plazo de prescripción;

- a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de tales cláusulas abusivas, a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva».

El Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 (Roj: ATS 10157/2021, recurso 1799/2020), planteando decisión prejudicial al TJUE, incide nuevamente en la cuestión, diferenciando ambas acciones. Tras recordar que «la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que





constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia».



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

La primera conclusión es que sí debe diferenciarse la acción de nulidad (que puede producir efectos en el reembolso de las cantidades no prescritas, y en las que se devenguen en lo sucesivo), y la acción de resarcimiento o devolución, que sí está sometida a prescripción.

2.º) Lo anterior deriva inexorablemente en tener que establecer cuál es el *dies a quo*, la fecha inicial a partir de la cual contar el plazo establecido en el artículo 1964 del Código Civil. Con la agravante, además, que según contemos desde una u otra fecha, el plazo será de diferente, dada la modificación del artículo mencionado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Frente a las tesis clásicas de la fijación del día inicial de forma objetiva, desde la misma celebración del contrato, por ese mandato del TJUE se debe acudir a una forma de determinación con cierto matiz subjetivo («... siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución»). Es decir, debe aplicarse un concepto de día inicial que se denomina por la doctrina como normativo-subjetivo, o de cognoscibilidad razonable, que se inicia cuando el consumidor pudo conocer razonablemente que su contrato con un empresario o profesional tenía una cláusula abusiva o el interés aplicado era usurario. Consumidor que debe interpretarse como «un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Esta determinación, con cierto carácter subjetivo y no estrictamente objetivo, también se recoge en la jurisprudencia de la Sala Primera. Baste recordar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (Roj: STS 254/2015, recurso 2290/2012) del Pleno en cuanto afirmó, a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la anulabilidad de las participaciones preferentes, que «El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y



riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Doctrina que se ha reiterado de forma constante desde entonces.

Esta es la idea que se plasma en el artículo 121-23 del Código Civil de Cataluña («El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse»).

El Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 (Roj: ATS 10157/2021, recurso 1799/2020), planteando decisión prejudicial al TJUE, incide nuevamente en la cuestión, diferenciando ambas acciones. Tras recordar que «la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia», descarta el criterio objetivo desde el pago al afirmar que «conforme a dichos pronunciamientos previos del TJUE, descartamos la solución consistente en que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva sea compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE», y plantea dos opciones: **a)** Que el día inicial sea la sentencia que declara la nulidad de la cláusula (que puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, y que en la práctica convierte la acción de restitución en imprescriptible), o **b)** «Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniforme» en que declaró la abusividad de esas cláusulas.

**3.º)** El plazo vendrá marcado por la fecha en que puede considerarse que el Tribunal Supremo ha dictado resoluciones aplicando la nulidad de las cláusulas no correctamente incorporadas al contrato, de tal forma que pueda considerarse que el consumidor medio normalmente informado podía haber tenido conocimiento de su derecho.

Si bien existen ya algunas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los primeros años de la década anterior (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne





Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo empieza a ser profusa a partir de los años 2015 a 2018 [SSTS 669/2018 de 26 de noviembre (Roj: STS 3968/2018, recurso 665/2016); 314/2018, de 28 de mayo (Roj: STS 1901/2018, recurso 1913/2015), 608/2017, de 15 de noviembre (Roj: STS 3893/2017, recurso 2678/2015) de Pleno; 251/2017 de 25 de abril (Roj: STS 1631/2017, recurso 2981/2014); 14 de julio de 2016 (Roj: STS 3412/2016, recurso 1668/2014) de pleno; 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015, recurso 2351/2012) de Pleno). Por lo que debe situarse en el año 2018 la fecha de inicio de la prescripción para un consumidor por las cláusulas que no superen el control de incorporación. Por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil, no puede considerarse prescrita la acción de resarcimiento.

**SEXTO.- Costas de primera instancia.-** En último lugar se solicita la revocación del pronunciamiento relativo a la imposición de las costas de primera instancia, en cuanto la demanda no se estima en su totalidad y no ser aplicable el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, al no declararse nula una condición general de contratación por abusiva para el consumidor.

El motivo no puede ser estimado.

1.º) Las exigencias previstas en los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas jurisprudencialmente conducen a que, estimadas las acciones de nulidad por abusivas de varias cláusulas, proceda la imposición de las costas de la primera instancia al demandado; sin que sea aplicable la exoneración por la concurrencia de serias dudas de derecho, ni tampoco que no se hayan estimado la totalidad de todas las cláusulas tildadas de nulas o se rechazasen las pretensiones restitutorias de cantidades abonadas. La razón es que esa aplicación hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE, pues trae como consecuencia que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado a la misma, deba cargar con parte de las costas procesales. Si el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos deriva-



dos de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso al perseguido por la Directiva, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Ello es conforme con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 [SSTS 136/2023, de 31 de enero (Roj: STS 265/2023, recurso 3894/2020); 1025/2022, de 22 de diciembre (Roj: STS 4776/2022, recurso 3837/2020); 965/2022, de 21 de diciembre (Roj: STS 4726/2022, recurso 1/2020); 958/2022, de 21 de diciembre (Roj: STS 4843/2022, recurso 5656/2019) de Pleno; 779/2022, de 16 de noviembre (Roj: STS 4240/2022, recurso 2305/2022), entre otras muchas].

2.º) Por otra parte, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo 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 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando, como en este caso, se formulan pretensiones alternativas o subsidiarias, y se estima alguna de las alternativas o subsidiarias, se está estimando íntegramente la demanda, pues la sentencia nunca podría acoger dos o más de las peticiones alternativas o subsidiarias, el juez siempre ha de optar. No pueden concederse dos alternativas a la vez y porque no puede eliminarse de la idea del *victus victori* o vencimiento objetivo las peticiones de alternatividad en el suplico, no debe pensarse que la elección del juzgador elimina tal vencimiento, porque ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor [SSTS 977/2011, de 12 de enero de 2012 (Roj: STS 245/2012, recurso 642/2010); 888/2002, de 4 de octubre (Roj: STS 6476/2002, recurso 851/1997); 817/2001, de 18 de septiembre (Roj: STS 6889/2001, recurso 2067/1996); 1126/1999, de 18 de diciembre (Roj: STS 8172/1999, recurso 3464/1996); 976/1998, de 27 de octubre (Roj: STS 6250/1998, recurso 1638/1994); entre otras].

**SÉPTIMO.- Costas de segunda instancia.-** La estimación del recurso exonera de una especial imposición de las costas devengadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).





**OCTAVO.- Depósito del recurso.-** Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

## **FALLO:**

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

1.º) Estimar en lo que se infiere el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado “**Wizink Bank, S.A.**”, contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 2022 por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ordes, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 130-2022, y en el que es demandante [REDACTED] s.

2.º) Revocar la sentencia apelada; y en su lugar, con estimación de la demanda, se acuerda:

(a) Desestimar la petición principal de nulidad del contrato de tarjeta de crédito concertado el 30 de noviembre de 2012 entre “Citibank España, S.A.” (actualmente gestionada por “Wizink Bank, S.A.”) y [REDACTED] por usura.

(b) Estimar la primera petición subsidiaria y declarar nulas por falta de transparencia y abusividad las cláusulas que regulan el interés remuneratorio y el sistema de amortización *revolving*.

(c) Condenar a “Wizink Bank, S.A.” a [REDACTED] [REDACTED] las cantidades que hubiese abonado, una vez cubierto el capital dispuesto.



(d) Condenar a “Wizink Bank, S.A.” a pagar a [REDACTED] [REDACTED] interés legal del importe que, en su caso, tenga que retornarle desde el momento del abono, con aplicación del tipo de interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(e) Imponer a “Wizink Bank, S.A.” las costas ocasionadas en la primera instancia.

3.º) No imponer las costas devengadas en la segunda instancia.

4.º) Acordar la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora de los tribunales doña María-Jesús Gómez Molins por el importe del depósito constituido.

5.º) Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el





siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Conforme a la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, carece de función relevante la solicitud y aportación de certificación de esta resolución para interponer recursos ante dicho Tribunal [SSTS 490/2021, de 6 de julio (Roj: STS 2707/2021, recurso 5591/2018); y 167/2020, de 11 de marzo (Roj: STS 735/2020, recurso 4479/2017) de Pleno, así como los autos que en esta se citan].

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la “cuenta de depósitos y consignaciones” de esta Sección, en la entidad “Banco Santander, S.A.”, con la clave 1524 0000 06 0026 23 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0026 23 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6.º) Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ordes, con devolución del expediente judicial remitido.



Así se acuerda y firma.-

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, 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.

