Roj: **SAP BU 227/2023 - ECLI:ES:APBU:2023:227**

Id Cendoj: **09059370022023100074**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Burgos**
Sección: **2**
Fecha: **31/03/2023**
Nº de Recurso: **9/2023**
Nº de Resolución: **115/2023**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **ARABELA CARMEN GARCIA ESPINA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00115/2023

Modelo: N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Teléfono: 947 25 99 30 **Fax:** 947 25 99 33

Equipo/usuario: MNA

N.I.G. 09059 42 1 2022 0002682

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000009 /2023

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de BURGOS

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000338 /2022

Recurrente: WIZINK BANK S.A

Procurador: BLANCA LUCIA HERRERA CASTELLANOS

Abogado: DAVID CASTILLEJO RIO

Recurrido: Aurelio

Procurador: EDUARDO GUTIERREZ ARRIBAS

Abogado: JOSE MUÑOZ DEL DIEGO

***S E N T E N C I A* Nº 115/2023**

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS/AS SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON NICOLAS GOMEZ SANTOS

SIENDO PONENTE: DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

SOBRE: TARJETA DE CREDITO. USURA. CLAUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS ABUSIVA POR FALTA DE TRANSPARENCIA.

LUGAR: BURGOS

FECHA: TREINTA Y UNO DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES

En el Recurso de Apelación nº 9 de 2023, dimanante de Juicio Ordinario nº 338/2022, del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 11 de Noviembre de 2022, siendo parte demandado apelante WIZINK BANK, S.A., representado ante este Tribunal por la Procuradora Doña Blanca Lucía Herrera Castellanos y defendido por el Letrado Don David Castillejo Rio; y como demandante apelado DON Aurelio , representado ante este Tribunal por el Procurador Don Eduardo Gutiérrez Arribas y defendido por el Letrado Don José Muñoz del Diego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Se acuerda estimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador D. Eduardo Gutiérrez Arribas en nombre y representación de D. Aurelio contra WIZINK BANK S.A., declarando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito formalizado con fecha de 16 de febrero de 2.014, en los términos recogidos en el fundamento de derecho cuarto último párrafo con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de WIZINK BANK, S.A., se interpuso recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 9 de Marzo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada WIZINK BANK SA interpone recurso de apelación contra la sentencia que, estimando la demanda formulada por D Aurelio , declara la nulidad por usura del contrato de tarjeta de crédito suscrito en el año 2014, siendo por ello solo obligación del demandante la de devolver el capital prestado, condenando a la demandada a reintegrar a la parte actora la cantidad que exceda del total del capital prestado, a determinar en ejecución de sentencia.

La sentencia apelada, en aplicación del art. 1 de la Ley de Represión de usura de 23-7-1908, conforme la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 25-11-2015 y de 4-3-2020, considera usurario el interés TAE, 26,82%, del contrato de fecha 16 de febrero de 2014, por ser desproporcionado y notablemente superior a los precios de mercado, comparándolo con el que considera de aplicación, según los datos estadísticos del Banco de España, el 21,17 %.

La parte apelante solicita la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación de la demanda.

Alega, como motivo del recurso, la Infracción del artículo 1 de la Ley de Usura y de la valoración de la prueba, porque la TAE aplicada en la Tarjeta WIZINK no es superior a los tipos de interés del mercado; que la sentencia recurrida utiliza un término comparativo erróneo: los tipos de interés publicados en el Boletín estadístico del Banco de España, la TEDR; y que las TAEs referenciadas en otras fuentes (Índice ASNEF) tampoco permitirían calificar de usurario el tipo de interés pactado, y que realizando " *una comparativa correcta conforme a los datos publicados con base en la Circular 5/2012 se comprueba como el precio fijado por WIZINK es un precio habitual aplicado por las entidades que comercializan este producto, en ningún caso es "notablemente superior"*.

SEGUNDO.- Infracción del artículo 1 de la Ley de Usura y error en la valoración de la prueba

La demandada apelante alega que:

-La sentencia recurrida utiliza un término comparativo erróneo, la TEDR publicada en el Boletín Estadístico del Banco de España, que no es equivalente a la TAE, por lo que la comparación no se ha hecho con la categoría más específica, como exige la STS 4 de mayo de 2022, no siendo usuraria la TAE del contrato de autos, si se compara con el tipo medio ponderado del año de contratación de la tarjeta 2014, que a tenor de las TAEs publicadas por el Banco de España, conforme a la Circular 5/2012 era, según afirma la recurrente, del 25,96 %.

La cuestión de si el TAE del 26,82% de la tarjeta revolving del caso de autos (que las partes litigantes están conformes en considerar es la TAE inicial del contrato) es notablemente superior al interés normal del dinero, ha de analizarse, en el momento actual, atendiendo a los parámetros marcados por la novedosa doctrina del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 15 de febrero de 2023.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, comienza recordando la doctrina establecida por el Alto Tribunal hasta este momento, así en el Fundamento de Derecho Tercero, en los siguientes literales términos.

"Para acabar de centrar esta cuestión, conviene traer a colación la jurisprudencia de la sala sobre el carácter usurario de los intereses remuneratorios en este tipo de contratos.

2. Partimos de la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre , en que se discutía el carácter usurario de un interés remuneratorio del 24,6% TAE en un contrato de tarjeta de crédito revolving celebrado en el año 2001. En esa sentencia, en primer lugar aclaramos que "para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, "que 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".

Y para juzgar si el interés es notablemente superior al normal del dinero, en esa sentencia hacíamos dos consideraciones: i) por una parte, que "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"; ii) y, por otra, que la comparación no debía hacerse con el interés legal del dinero, sino con el interés normal o habitual, para cuyo conocimiento podía acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito en cumplimiento del artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE).

Conviene advertir que en aquella ocasión no se discutía qué apartado de las estadísticas debía servir para hacer la comparación. Como en la instancia se había tomado la referencia de las operaciones de crédito al consumo, que en aquel momento incluía también el crédito revolving, sin que hubiera sido discutido, en aquella sentencia consideramos que el 24,6% TAE superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en la que se concertó el contrato (2001) y que una diferencia de ese calibre permitía considerar ese interés notablemente superior al normal del dinero. Además era manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

El Banco de España no publicó un apartado concreto para las tarjetas revolving hasta el año 2017, cuando incorporó el desglose de esta concreta modalidad, y empezó a ofrecer la información pertinente desde junio de 2010, fecha de entrada en vigor de la Circular 1/2010, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras.

3. Fue en la posterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo , cuando se discutió directamente si la referencia a tomar en consideración para fijar cuál es el interés normal del dinero era el interés medio de las operaciones de crédito al consumo en general o el más específico de los créditos revolving. El contrato era de 2012 y el interés inicialmente pactado era del 26,82% TAE, que luego se incrementó al 27,24% TAE.

Esta sentencia abordó esta cuestión y declaró que para la comparación debía utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de la celebración del contrato, que correspondiera a la operación crediticia cuestionada, en concreto la tarjeta de crédito revolving:

"(...) el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

"En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%), ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia".

Y, a continuación, al realizar la comparación, analizamos la cuestión del margen permisible para descartar la usura:

"(...) en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito revolving es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

"El 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. 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. 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, el interés tendría que acercarse al 50%.

"Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de "interés normal del dinero" y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como "notablemente superior" a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

"Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor "cautivo", y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio".

4. En la sentencia 367/2022, de 4 de mayo , hemos reiterado la doctrina expresada por la sentencia 149/2020, de 4 de marzo , sobre la utilización como término de referencia de la categoría estadística específica del revolving. Sin perjuicio de que el resultado del juicio comparativo viniera condicionado por los hechos acreditados en la instancia: i) en las fechas próximas a la suscripción del contrato litigioso, celebrado en 2006, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20%; ii) también era habitual que las tarjetas revolving contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, el 25% y hasta el 26% anual; iii) y la TAE de la tarjeta revolving contratada por la recurrente era del 24,5% anual. Sobre la base de estos hechos probados, la sala confirmó que la conclusión alcanzada por la Audiencia de que el interés remuneratorio no era usurario, no vulneraba la Ley de Usura y la jurisprudencia que lo interpreta, pues el tipo de interés de la tarjeta estaba muy próximo al tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características.

5. Y, por último, la sentencia más reciente, la núm. 643/2022, de 4 de octubre , resuelve un caso en que el contrato era de 2001, cuando no existía una estadística específica de referencia en las tablas del Banco de España, y el interés remuneratorio pactado era el 20,9% TAE.

Esta sentencia, primero reitera la doctrina expuesta en las sentencias anteriores, de que "la referencia del "interés normal del dinero" que ha de utilizarse para determinar si el interés remuneratorio es usurario debe ser el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en estos casos el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España". Y apostilla que, si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias, debe utilizarse la más específica, la que presente más coincidencias con la operación crediticia cuestionada, pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

Y luego, al aplicar esta doctrina al caso concreto, partiendo de la información acreditada en la instancia, concluye que la TAE pactada en el contrato (20.9%) no era superior al normal del dinero. En relación con la determinación de este punto de comparación, la sentencia realiza el siguiente razonamiento:

"Aunque en el año 2001 no se publicaba todavía por el Banco de España el tipo medio de las operaciones revolving, el tipo medio de productos similares era superior a la citada cifra. Los porcentajes a que se refiere el recurso de casación no son correctos, porque se refieren a créditos al consumo y, como hemos dicho anteriormente, es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving , como las tarjetas recargables o de las de pago aplazado, que en la fecha de celebración del contrato tenían un interés medio del 24,5% anual y en la década 1999/2009, osciló entre el 23% y el 26%; en todo caso, siempre en un rango superior al interés pactado en el caso litigioso" .

-Y, en el Fundamento de Derecho Cuarto, por lo que al caso de autos interesa, señala:

"2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.

Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que 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."

3. Respecto de los contratos anteriores a junio de 2010, a falta de un desglose especifico en los boletines estadísticos del Banco España, no cabe acudir, como pretende el recurso, al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que, como declaramos en la sentencia más reciente 643/2022, de 4 de octubre , en que se cuestionaba un interés del 20,9% TAE, en un contrato de 2001, "es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving".

Con carácter general para el enjuiciamiento de estos casos de tarjetas de crédito contratadas en la primera década de este siglo, ha de acudirse a la información específica más próxima en el tiempo. Esta es la que se ofreció en 2010. Según el boletín estadístico el tipo medio TEDR ese año estaba en el 19,32. Lógicamente, la TAE, al agregar las comisiones, sería ligeramente superior (entre 20 y 30 centésimas, en los niveles de interés que nos movemos). Por lo que podemos partir de forma orientativa del índice de 2010 (19,32), con la corrección oportuna para adecuarlo a la TAE.

4. Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero.

La ley española no establece ninguna norma al respecto. El art. 1 de la Ley de Usura , al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado ("notablemente"), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.

Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.

Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.

Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.

En la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre , razonó que la TAE del contrato (24,6%) era superior al doble del tipo medio de referencia. Lo anterior no significa que el umbral de lo usurario estuviera fijado en todo caso en el doble del interés medio de referencia. De hecho en la posterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo , la TAE del contrato era 26,82% y el tipo medio de referencia algo superior al 20% anual, y sin llegar ni mucho menos al doble del tipo de referencia, se declaró usurario en atención a la diferencia de puntos porcentuales, más de seis, que se consideró muy relevante. La sentencia, conocedora del precedente, justifica por qué no se podía seguir el mismo criterio del doble del interés normal de mercado:

"El 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. 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. 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, el interés tendría que acercarse al 50%".

Y, al mismo tiempo, estima muy relevante la diferencia entre el interés convenido y el tipo medio de mercado, superior a 6 puntos:

"(...) una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de "interés normal del dinero" y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como "notablemente superior" a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes".

En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo , consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.

5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20%, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación.

Aplicando lo novedosa doctrina del Tribunal Supremo declarada en la reciente Sentencia transcrita, de 15 de Febrero de 2023, y de acuerdo con *"el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales",* si el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones, publicado por el Banco de España en esos boletines estadísticos, en el año 2014 era el 21,17%, la TAE media sería algo superior (0,20 o 0,30), es obvio que el interés pactado (26,82% TAE, que las dos partes señalan era la TAE del contrato) no supera los 6 puntos, por lo que no se puede considerar notablemente superior al tipo medio del mercado, y por tanto no se puede calificar de usurario .

En consecuencia, aplicando la novedosa doctrina del Tribunal Supremo, procede estimar en este extremo el recurso de apelación.

TERCERO.- La parte actora ejercitó, subsidiariamente a su pretensión de nulidad del contrato por usura, la acción declarativa de nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios del contrato de tarjeta de crédito, VISA CEPSA nº 5247 2609 2283 4850, por aplicación de los artículos 5 y 7 LCGC; 80 y 81 LGDCU (concreción, claridad, sencillez, accesibilidad, legibilidad, buena fe y justo equilibrio) y 3-1 Directiva 93/13/CEE del Consejo; solicitando la condena de la demandada " *a devolver a la actora, o descontar, en su caso las cantidades que excedan del capital dispuesto, aportando a tal efecto un extracto integral, que desglose capital dispuesto, cantidades pagadas por intereses, cantidades pagadas por comisiones u otras cantidades pagadas por otros conceptos*".

Esta petición no ha sido analizada por la Sentencia de Primera Instancia.

No siendo discutida la condición de consumidor de la parte actora, es posible analizar la pretensión subsidiariamente ejercitada.

El Pleno del TS en S. 628/2015, de 25 de noviembre señaló que: *" i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable".*

Tratándose de los intereses remuneratorios, que constituyen una prestación esencial del contrato de crédito, la alegación de falta de transparencia puede hacerse con base en la falta de transparencia formal, cuando no reúnen los requisitos de incorporación al contrato del artículo 5 de la Ley 7/1998 porque la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, o bien por falta de transparencia material cuando, aun habiendo podido ser conocidas por el consumidor, la redacción de las mismas ha impedido hacerse una idea cabal de la carga económica del contrato. En ambos casos, deben de tratarse de condiciones generales de la contratación, a pesar de que por ser cláusulas que definen el objeto principal del contrato, no deberían tratarse como condiciones generales.

En el supuesto de autos, la cláusula de intereses remuneratorios es una condición general. Así figura, formando parte del *"Reglamento de la tarjeta Visa Cepsa "Porque Tú Vuelves"*, incorporada en el Apartado " *Anexo*" situado al final del clausulado de este Reglamento..

La parte actora ha aportado la Solicitud inicial del contrato y el Reglamento y Condiciones Generales *de la tarjeta Visa Cepsa "Porque Tú Vuelves"*, como documentos 1 y 2 de la misma. También la parte demandada ha aportado estos mismos documentos.

Del examen de los mismos resulta que las condiciones de la tarjeta de crédito, según la documentación aportada tanto por la parte actora y por la parte demandada, figuran incorporadas en la solicitud de la tarjeta suscrita por el actor. Justo delante de la firma de la solicitud de tarjeta aportada por el actor , consta que la tarjeta se emite en la modalidad de pago aplazado, con un mínimo a pagar, y que genera el pago de intereses, *"al tipo de interés que figura en el Anexo del Reglamento.* que obra en el reverso de la solicitud.

El *" Anexo"* del Reglamento obra en el reverso de la solicitud de tarjeta,, incorporado al final del articulado del Reglamento, sin diferenciar del clausulado del mismo y sin destacar en forma alguna. Resulta verdaderamente difícil la lectura del Reglamento, y más aún localizar el ANEXO, en el que se fija el interés remuneratorio del contrato, que aparece incorporado, como una clausula más del Reglamento. Y no solo por el pequeño tamaño de la letra (tanto del documento aportado por la parte actora, como del documento aportado por la parte demandada), sin duda ninguna inferior a 1,5mm, sino y sobre todo, por su localización en el contexto del formato del documento, en dos columnas, de líneas apretadas y sin puntos y aparte.

Resulta sorprendente que algo tan importante, como es la cláusula relativa a los intereses remuneratorios, se disimule y camufle de esta manera, siendo como es que una cláusula destinada a cumplir una relevante función económica en el contrato de crédito.

Tampoco en las liquidaciones mensuales de la tarjeta de crédito, se indicaba la TAE del interés remuneratorio aplicado, figurando en la misma únicamente y sin más precisión "24%", que según han señalado las dos partes , correspondía a la TIN del contrato.

En el caso de autos la cláusula de determinación de los intereses remuneratorios estaba oculta, camuflada, entre numerosas condiciones generales, como si de una más se tratara, dificultando al consumidor el conocimiento de un elemento esencial para saber cuál era la carga económica del contrato, que tampoco podía conocer de las liquidaciones mensuales de la tarjeta porque en las mismas no figuraba la TAE del interés remuneratorio aplicado.

CUARTO.- La entidad demandada reitera en el recurso de apelación que el plazo de prescripción de la acción para reclamar la restitución de los intereses pagados por razón de la cláusula de intereses remuneratorios, nula por abusiva por falta de transparencia, es de cinco años (al que hay que añadir los 82 días por la suspensión de plazos procesales , administrativos, y de caducidad y prescripción impuesta por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el Estado de Alarma por el COVID-19) desde el pago de cada cuota mensual y dado que la reclamación extrajudicial se presentó el 24 de febrero de 2021 , los intereses que deben pagarse a la parte atora son únicamente los generados desde el 1 de febrero de 2016, esto es 5 años y 82 días anteriores a la reclamación extrajudicial.

La acción dirigida a declarar la nulidad por abusiva de la cláusula es una acción imprescriptible dado que es una nulidad absoluta o de pleno Derecho que se deriva de la infracción de una norma legal imperativa, en el caso de autos por infracción de las exigencias legales de la LCGC. La pretensión del demandante consumidor de devolución por la entidad prestamista de los intereses remuneratorios abonados que aquel le abono por razón de la cláusula declarada nula es consecuencia de esa declaración de nulidad. Consecuentemente, no es apreciable la excepción de prescripción alegada.

QUINTO.- No procede modificar el pronunciamiento de la sentencia recurrida que impone a WIZINK las costas de primera instancia porque la revocación de la sentencia recurrida, por cuanto que no procede declarar nulo el contrato por usura, es consecuencia de la novedosa y recientísima Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2023 , exigiendo un diferencial de 6 puntos, para valorar el interés pactado en un contrato de préstamo como "interés notablemente superior al normal del dinero", a los efectos de la calificación de usurario, con los efectos establecidos en la Ley de Usura. Y, además, porque la estimación parcial del recurso de apelación en este extremo , no ha determinado la desestimación de la demanda , sino el acogimiento integro de la petición subsidiaria de esta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 394 y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la estimación de peticiones subsidiarias de la demanda.

En vista de la estimación parcial del recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada WIZINK BANK S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Burgos, de fecha 11 de noviembre de 2022, que se revoca y deja sin efecto, acordando en su lugar estimar la petición subsidiaria de la demanda formulada por DON Aurelio , declarando la nulidad de la cláusula que regula los intereses remuneratorios del contrato "Tarjeta Crédito Visa Cepsa número 5247260922834850", por falta de transparencia , por no superar el control de incorporación, condenando a la demandada a devolver a la actora, o descontar, en su caso las cantidades abonadas por intereses remuneratorios que excedan del capital dispuesto, aportando a tal efecto un extracto integral, que desglose capital dispuesto, cantidades pagadas por intereses, cantidades pagadas por comisiones u otras cantidades pagadas por otros conceptos.

Las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada.

No se hace imposición de las costas de esta segunda instancia

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente Dª Arabela García Espina, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

NOTA.- Véase en el Libro Registro de Resoluciones al folio 94

NOTA.- Queda puesta certificación en el Rollo de Apelación.- Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ