

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO-SECCIÓN QUINTA

Calle Concepción Arenal, 0
C.P: 33005 Oviedo, Asturias
Teléfono: 985 96 88 74

Recurso de apelación procedimiento ordinario

O. Judicial Origen: Juzgado de primera instancia nº 5 de Oviedo

Recurrente: MMPM Procuradora: PATRICIA GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ Abogado: DAVID ALFAYA MASSÓ

Recurrente: WIZINK BANK S.A Procuradora: MARÍA JESUS GÓMEZ MOLINS Abogado: DAVID CASTILLEJO RÍO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Oviedo compuesta por los Ilmos. Sres Magistrados D. José María Álvarez Seijo, Doña María José Pueyo Mateo, D. José Luis Casero Alonso, Magistrados ha dictado a diez de Julio de dos mil diecinueve.

SENTENCIA No 00271/2019

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº19/19, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, Rollo de Apelación nº261/19, entre partes, como apelante y demandada WIZINK BANK, S.A., representada por la Procuradora Doña María Jesús Gómez Molins y bajo la dirección del Letrado Don David Castillejo Río y como apelada y demandante DOÑA MMPM, representada por la Procuradora Doña Patricia Gutiérrez Hernández y bajo la dirección del Letrado Don David Alfaya Massó.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº5 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha cuatro de abril de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D^a. MMPM, como demandante, representada por la Procuradora Sra. Gutiérrez, contra la entidad Wizink Bank S.A., representada por el Procurador Sr. Jañez, declaro la nulidad de las cláusulas contractuales relativas a interés remuneratorio y comisiones (cláusula 9^a en relación con el Reglamento de tarjeta y Anexo), que se deberán tener por no puestas, y condeno, sólo si resultare saldo a favor de la actora, a la entidad Wizink Bank a reintegrar a D^a. MMPM la cantidad cobrada en exceso resultante de la diferencia entre el principal efectivamente dispuesto por la actora una vez deducidos los conceptos que obedecen a cláusulas declaradas nulas y los pagos realizados por ésta, importe que se calculará en ejecución de sentencia; desestimando las restantes pretensiones ejercitadas. Sin costas".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Wizink Bank, S.A. y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña MMPM formuló demanda frente a la entidad Wizink Bank en base a lo siguiente:

El 19-6-2012 había firmado una solicitud de tarjeta de crédito Citi con la entonces entidad City Bank, sucedida por la ahora demandada, tarjeta que se regía por un Reglamento de cuyas condiciones generales solicitó la nulidad de las referidas a los intereses y comisiones (por exceso de límite, por disposición de efectivo, por recibo impagado y por uso de cajero) por no superar el control de transparencia o no corresponder a ninguna contraprestación; subsidiariamente, interesó la nulidad por usura, y por ende la del contrato. En cualquier caso, postuló la condena de la demandada al abono a la actora de la diferencia entre la cantidad abonada y el capital dispuesto desde el momento de la formalización del contrato, así como la devolución del importe de las comisiones cobrado, de manera que no adeudaría la cantidad que de contrario le ha sido reclamada (2.898,30 euros).

La demandada se opuso a la demanda señalando que el cliente en todo momento y con anterioridad a la firma del contrato tuvo pleno acceso y conocimiento de las condiciones pactadas, estando redactadas con total claridad, por lo que se cumpliría el control de inclusión y transparencia. En cuanto al tipo de interés remuneratorio, alegó que en tanto elemento esencial del contrato no estaría sujeto al control de **abusividad**, siendo además el habitual en el mercado de las tarjetas de crédito. En definitiva, defendió la licitud de las cláusulas cuestionadas, invocando además la doctrina de los propios actos.

La sentencia de primera instancia consideró que, de un lado, las estipulaciones en liza no cumplían el control de incorporación y, además, las comisiones ni aparecían justificadas ni respondían a gasto alguno; por ello, y sin necesidad de pasar a examinar si el contrato podría resultar usurario, acogió la demanda declarando la nulidad de las cláusulas, si bien respecto a la condena al pago postulada matizó que operaría en el solo caso de resultar saldo a favor de la actora por la posible cantidad cobrada en exceso resultante de la diferencia entre el principal efectivamente dispuesto por la actora, deducidos los conceptos relativos a las cláusulas declaradas nulas abonados, a determinar en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- La demandada presenta recurso de apelación frente a tal resolución. Reitera que las cláusulas cumplen los controles de incorporación y transparencia, habiendo tenido acceso a ellas la demandante y ahora apelada y siendo redactadas en lenguaje claro y comprensible, y que los intereses remuneratorios están fuera del control de **abusividad** al ser elemento esencial del contrato, y que las comisiones cobradas son válidas y eficaces. Insiste igualmente en la doctrina de los actos propios, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta la reclamación. Igualmente apuntó que no concurrirían los presupuestos para considerar al contrato como usurario. Como se acaba de ver, la demanda ha barajado una doble opción, habiendo aceptado la sentencia la primera, sin necesidad por tanto de abordar la posible calificación de usurario del contrato.

Si, en efecto, tenemos en cuenta que respecto de los intereses remuneratorios no procede analizar su posible **abusividad**, y por ende no le es aplicable a dicha cláusula el control de contenido, sino los de incorporación y transparencia, es esta cuestión la que en principio cabe examinar.

La sentencia del TS de 9-5-13 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente tenga la condición de consumidor, ello a tenor de lo dispuesto en el art. 5-4 de la LCGC, conforme al cuál la redacción deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y el art. 7, que señala que no quedarán incorporadas

al contrato las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, o las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

La sentencia del TS de 30-4-2015 señaló que, además del de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, existe el control de transparencia, que lo hace respecto al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, este último reservado a los contratos concertados con consumidores.

La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En el presente caso, de lo obrante en autos aparece un documento de fecha 19-6-2012 relativo a una solicitud de tarjeta, en efecto firmada, pero como bien apunta la Sra. Juez de primera instancia, ilegible. También resulta que la demandante remitió a la entidad bancaria en fecha 15-10-2018 petición de remisión de copia del contrato y extracto de movimientos, recibiendo contestación el 7-12-2018 adjuntando con la misma la copia solicitada del contrato, así como el Reglamento de la Tarjeta de fecha 25-5-2018. Con la contestación a la demanda la demandada aportó también la solicitud ilegible antes señalada.

No se acredita, pues, que en el momento de la contratación hubiere sido debidamente informada la contratante o hubiere tenido a su disposición la pertinente documentación para tomar verdadera conciencia del contenido contractual, ello con independencia de la nula legibilidad del documento aportado, y del contenido de la estipulación novena del Reglamento, con remisión a un anexo sin más, ello teniendo en cuenta que el aportado, que presumiblemente fue el remitido por la demandada en diciembre de 2018, no consta correspondiese al vigente cuando se firmó el contrato, cuya entrega por entonces en ningún modo quedó acreditada.

Conforme a ello, la Sala ha de refrendar lo señalado en la recurrida en cuanto al no cumplimiento del control de incorporación o transparencia, con la consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas, siendo así además que respecto de las comisiones, que por no corresponderse a concreta actuación bancaria en modo alguno podrían ser exigidas; y en este sentido, dada su similitud, cabe aplicar el criterio que viene manteniéndose en este Tribunal respecto a las comisiones en descubierto o por reclamación de posiciones deudoras (por todas la reciente sentencia de este Tribunal correspondiente al rollo de apelación 273/19).

Llegados a este punto, la doctrina de los actos propios no se considera de aplicación, habida cuenta no ya de tratarse de un supuesto de nulidad absoluta, sino por cuanto el hecho de la demora en la reclamación no conlleva una tácita aceptación, y mucho menos una convalidación del contrato, reservada a los casos de nulidad relativa.

TERCERO.- En atención a lo expuesto, y con el refrendo de esta Sala a los argumentos de la recurrida, procede su asunción, con el consiguiente rechazo del recurso, y obviamente sin entrar a considerar la posible declaración de usura, que no ha sido en cuanto petición subsidiaria abordada en la sentencia apelada, cuyo criterio al respecto de esta Audiencia es sobradamente conocido. En consecuencia, las costas de esta instancia han de imponerse a quien la ha promovido (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Wizink Bank, S.A. contra el sentencia dictada en cuatro de abril de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se CONFIRMA.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.** Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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