



Roj: **SAP O 1372/2020 - ECLI: ES:APO:2020:1372**

Id Cendoj: **33044370062020100106**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **21/04/2020**

Nº de Recurso: **138/2020**

Nº de Resolución: **110/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00110/2020

Modelo: N30090

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33037 41 1 2019 0001087

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000138 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MIERES

Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000366 /2019

Recurrente: HOIST FINANCE SPAIN, S.L.

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Casilda

Procurador: ROSA PEREZ-ALONSO GARCIA-SCHEREDRE

Abogado: JOSE LUIS LEON GARCIA

RECURSO DE APELACION (LECN) 138/20

SENTENCIA N° 110/20

En OVIEDO, a veintiuno de abril de dos mil veinte.

Vistos por la **el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Rianza García, Magistrado de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial** actuando como órgano jurisdiccional unipersonal en el Rollo de apelación núm. 138/20, dimanante de los autos de juicio verbal, que con el número 366/19 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mieres, siendo apelante **HOIST FINANCE SPAIN S.L.**, demandante en primera instancia, representada por el Procurador Sr. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS y asistida por la Letrada Sra. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ; y como parte apelada **DOÑA Casilda**, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora Sra. ROSA PEREZ-ALONSO GARCIA-SCHEREDRE y asistida por el Letrado Sr. JOSE LUIS LEON GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mieres, dictó Sentencia en fecha 07.01.20 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" SE DESESTIMA la demanda interpuesta por Hoist Finance Spain, S.L. contra D^a Casilda , absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de las costas causadas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo y remitidos los autos a esta Sección, se tramita la alzada quedando vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta al amparo del artículo 1.526 en relación con el 1.753 del Cc. y 312 del Código de Comercio razonando que las condiciones generales que pretendían disciplinar la relación litigiosa no superaban el control de inclusión por haber empleado el predisponente una tipografía tan mínima que impedía que un ciudadano medio pudiera leer su texto sin valerse de lentes de aumento y por consiguiente no podía reputarse acreditado que hubiera tomado cabal conciencia de su contenido como presupuesto necesario para luego prestar su consentimiento por la vía de adhesión.

Interpone recurso la demandante por error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 217 de la LEC alegando en síntesis que la sentencia prescindía del contrato, de la certificación emitida por el cedente del crédito, de la escritura de cesión y del histórico de los movimientos asentados en la cuenta de la tarjeta que justificaban la cantidad reclamada en concepto de principal; en segundo lugar tampoco ponderaba la activación y posterior uso de la tarjeta de crédito, cuando se trataba de actos propios de la contratante que confirmaban el contrato; y por último desestimaba la demanda pese a que la demandada no hubiera acreditado otros pagos distintos de los que reflejaban esos mismos documentos.

SEGUNDO.- Como reflexión preliminar debe significarse que la sentencia no pone en entredicho la transmisión del crédito en favor de la apelante, de modo que en este punto la parte carece de interés legítimo para recurrir un pronunciamiento que no le ha sido desfavorable.

Del mismo modo debe decirse que el control de abusividad practicado de oficio, sin audiencia de la parte demandada y con el resultado indicado en el auto de 16 de septiembre de 2019 de la nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras vencidas y por disposición de efectivo no limita el derecho de la demandada a suscitar el examen de cualesquiera de las restantes o a oponer cualquier otro motivo por el que crea que no debe la cantidad reclamada.

Y por último cabe significar que la sentencia no pone en duda la certificación unilateral de la deuda, ni tampoco el histórico de los movimientos de la cuenta de la tarjeta porque la "ratio decidendi" es otra: la no inclusión en el contrato de las condiciones generales predispuestas por el predecesor de la apelante y consecuente irrelevancia de la certificación del saldo pues, aunque pretenda sostenerse lo contrario, el histórico antes mentado evidencia que el saldo no se refiere exclusivamente al capital prestado, antes bien lo que la parte califica como tal es el resultado de la previa capitalización de los intereses remuneratorios, comisiones e intereses por mora devengados a la fecha de la cesión y todo ello carecería de respaldo si en efecto se estimara que el mínimo tamaño de la letra impedía su lectura por un ciudadano con una agudeza visual normal, esto es dentro de la media correspondiente a su franja de edad.

TERCERO.- Llegados a este punto debe decirse que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, había facultado al ministro de Economía y Hacienda para que «apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito». En uso de esa habilitación, se había promulgado también la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que facultaba expresamente al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución.

En ejecución de esa competencia delegada el Banco de España dictó la Circular 5/2012, de 27 de junio, para complementar o desarrollar el mandato de la Orden indicando su norma séptima que la letra a utilizar en los documentos de información previa debía tener "un tamaño apropiado para facilitar su lectura y que, en todo caso, la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio.

Esa precisión es luego reproducida en la norma décima referida al contenido de los contratos cuando dijo que " En todo caso, los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente. En particular, el tamaño de la letra minúscula no podrá tener una altura inferior a 1,5 milímetros".



Es indudable que el documento contractual aportado a los autos es de fecha anterior a la entrada en vigor de la Circular, pero ello no resta eficacia a la crítica a realizar a la práctica contractual seguida por el predisponente porque tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias ya preveían que aquellas debían redactarse cumpliendo los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículos 10.1 LGDCU y 5.5 LCGC) y legibilidad (artículo 7 LCGC).

Abundó en ello la Ley de Crédito al Consumo de 24 -6-2.011, cuyo artículo 16 exigía que el contrato se redactara con "letra legible y con un contraste de impresión adecuado" (art. 16.1) evidenciando, por un lado, el decidido propósito del legislador de que la documentación facilitada al consumidor permitiera a este tomar cabal y completo conocimiento de las estipulaciones predispuestas por el Banco o entidad financiera correspondiente, y, por otro, que era necesario seguir insistiendo en lo obvio: que la tipografía y formato empleados permitiera la lectura del documento sin mayor esfuerzo, por más que ese particular debería haber sido asumido espontáneamente por el Banco acatando y desarrollando en sus naturales consecuencias el compromiso de la buena fe en la contratación.

Así pues, constatamos que en la fecha de la contratación la ley aún no había precisado el tamaño mínimo de letra admisible, pero sí era exigible el requisito de legibilidad sobre el que había insistido de forma reiterada el legislador; sin embargo es obvio que el predisponente había desoído cuantas advertencias se le habían hecho porque la dificultad de la lectura del Reglamento que obra al reverso de la solicitud es extrema por el empleo de letra milimétrica, o incluso menos que milimétrica si tomamos en consideración a este fin el criterio técnico más difundido para la medición del tamaño de la letra, que es el de la altura de la letra x, que ha sido plasmado en algún texto positivo (v. art. 13.2 y Anexo IV del Reglamento [UE] nº 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor), como recogen las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Secc. 11ª de 21 de junio de 2017, de la Secc. 18ª de 27 de abril de 2018, o la de Málaga Secc. 4ª de 3 de septiembre de 2018.

Constatamos por tanto que descifrar el texto del denominado "Reglamento de la tarjeta de crédito Citi Visa/Mastercard" representa sin duda un reto poco menos que imposible para la mayoría de la población sin utilizar lentes de aumento, y confirmamos en consecuencia que las condiciones generales predispuestas por el empresario no forman parte del contrato.

Tal conclusión acarrea necesariamente la inutilidad de la certificación practicada unilateralmente por el cedente del crédito a su actual tenedor, pues, reiteramos, la misma se confeccionó sobre la premisa de la eficacia de ese condicionado general.

Sin embargo, la exclusión de dicho condicionado y subsiguiente eliminación de los intereses remuneratorios y demás estipulaciones sobre la prestación a percibir por el prestamista durante la vida del contrato, que tampoco se concreta, desnaturalizan un negocio concertado sobre esos presupuestos jurídico-económicos e impiden que el contrato pueda subsistir en lo sucesivo al margen de esos pactos.

CUARTO.- Ahondando en las consecuencias jurídicas de la declaración que antecede cabe añadir que, aún cuando la doctrina científica estima que existe una obligación natural de retribuir el dinero percibido, porque éste es un bien fructífero, capaz de generar réditos, y ello explicaría que el art. 1756 del Cc. prevea que: "El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital", debe tomarse en consideración el peculiar estatus de quien, como ocurre en este caso, es consumidor.

Es así que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 impone expresamente a los Estados miembros la obligación de establecer que las **cláusulas abusivas** «no vincularán al consumidor» y en consecuencia el TJUE ha proclamado reiteradamente que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la **cláusula** contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C- 482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41).

La norma en cuestión ha sido reproducida por el artículo 83 del R.D.Ley 1/2007 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, de modo que, establecido que el régimen jurídico específico aplicable a la contratación con consumidores dispone que la eliminación de una condición general abusiva impide que esta haya surtido cualquier efecto, debe concluirse que dicho precepto entra en contradicción irremediable con la convalidación de los pagos aplicados a la satisfacción del rédito durante la vida del contrato que resultaría de la aplicación del artículo 1756 del Cc. y prevalece por razones de especialidad normativa sobre este último.

Llegados a ese punto debe decirse que no es función del juez, ni menos aún de este tribunal de apelación, realizar las operaciones de la liquidación conforme a las bases aquí establecidas, pero debe añadirse también



que ello no debería haber comportado la desestimación de la demanda, sino deferir ese particular a la ejecución de sentencia por los trámites previstos en el artículo 712 y ss. de la LEC, sin perjuicio del ulterior control judicial de los particulares que para entonces sigan siendo controvertidos, de modo que en este punto se estima el recurso.

QUINTO.- Estimado en parte el recurso y la demanda, no se hará especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

En razón a lo expuesto el Magistrado de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias dicta el siguiente

FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **HOIST FINANCE SPAIN S.L.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mieres en los autos de que este Rollo dimana condeno a **DÑA. Casilda** al pago del saldo resultante de la liquidación del contrato conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, que se practicará en ejecución de sentencia; no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias y devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta su sentencia, contra la que no cabe nuevo recurso, lo pronuncia, manda y firma el Magistrado.

E/