

**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA
OVIEDO**

00019/2022

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33031 41 1 2020 0001754

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000471 /2021

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

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000534 /2020

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador: I

Abogado: I

Recurrido: UNION DE CONSUMIDORES DE ASTURIAS

Procurador: TOMAS GARCIA-COSIO ALVAREZ

Abogado: UNAI JESUS ALONSO GONZALEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 471/21

En OVIEDO, a Veinticuatro de Enero de dos mil Veintidós. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. , Presidente; D^a .

y D^a

Magistradas; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N° 19/22

En el Rollo de apelación núm. 471/21, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 534/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Langreo, siendo apelante **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. y asistido por la Letrada Sra. ---

...; como parte apelada **UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ASTURIAS** (actúa en nombre y representación de su socio DON ..., demandante en primera instancia, representado por el Procurador Sr. TOMÁS GARCÍA-COSIO ÁLVAREZ y asistido por el Letrado Sr. UNAI JESÚS ALONSO GONZÁLEZ; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña ...

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Langreo dictó Sentencia en fecha 03.06.21 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que **ESTIMO** la demanda formulada por **UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ASTURIAS** en nombre y representación de D. ... contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A** y, en consecuencia:

1º.- Declaro que las condiciones económicas que regulan los intereses y las comisiones del contrato no se han incorporado válidamente al contrato y son nulas por falta de transparencia y claridad. Como consecuencia, la demandada no podrá cobrar ningún interés ni comisión por las cantidades de las que fue disponiendo el actor.

2º.- Declaro que la estimación de dicha petición ha de dar lugar a que en ejecución de sentencia se calcule el total de las cantidades financiadas por el actor y de las que fue pagando, de forma que tendrá que abonar las que resten hasta que las segundas cubran el importe de las primeras o que el demandado deba reintegrar al actor lo que este hubiese pagado por encima de la cantidad financiada con sus intereses legales.

3º.- Con expresa condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 17.01.22.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia respecto a las pretensiones ejercitadas en el suplico de la demanda sobre nulidad de contrato por parte de UNION DE CONSUMIDORES DE ASTURIAS, que actúa en representación de su socio D.

frente a la mercantil BBVA en relación a una tarjeta de crédito "A tu Ritmo" de esa entidad, desestima la pretensión principal de nulidad del contrato por inexistencia o, por no ajustarse a la forma establecida en la LCC, en base a que el hecho de que no se conserve el soporte documental no significa que en su momento no existiera y no cumpliera las formalidades establecidas en la LCC. Cuestión distinta es que el contenido del contrato superase o no el control de incorporación y transparencia (petición subsidiaria). Y respecto a esta última pretensión y tras analizar la jurisprudencia del TS y del TSJUE llega a la conclusión que en el presente caso, no consta que el actor pudiera tener un perfecto conocimiento del contrato suscrito y de su contenido,

desconociéndose si efectivamente tuvo la oportunidad de leer detenidamente los términos del acuerdo que iba a suscribir, o fue informado del coste real del producto por lo que no puede concluirse que el actor tuviera la conciencia de la carga económica real que representaba el contrato, toda que además falta el soporte documental por lo que el control de dichas cláusulas está vedado, prueba que con arreglo al principio de inversión de la carga de la prueba que impera en este tipo de procedimientos se impone a la entidad demandada. Razón por la cual estima la demanda y declara que las condiciones económicas que regulan los intereses y las comisiones del contrato no se han incorporado válidamente al contrato y son nulas por falta de transparencia y claridad. Con la consecuencia que la demandada no puede cobrar ningún interés ni comisión por las cantidades de las que fue disponiendo el actor, que da lugar a que en ejecución de sentencia se calcule las cantidades financiadas por el actor y de las que fue pagando.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

El recurso de apelación de la parte demandada de la parte demandada se interpone por error en la valoración de la prueba e infracción del art. 217 LEC e incumplimiento del principio de aportación de parte, por cuanto es evidente que la declaración de nulidad de contrato que acuerda la juzgadora de instancia, exige la aportación del contrato, de manera que la no aportación del contrato, solo puede perjudicar a la parte demandante, no a la demandada, pues es al primero a quien corresponde acreditar los hechos sobre los que se sustenta su pretensión y la aportación de los documentos sobre los que funde su derecho, cuando el único hecho cierto es la existencia de un contrato de tarjeta de crédito formalizado el 25 de agosto de 2004, pero en ningún caso puede

presuponerse la falta de transparencia y claridad del mismo, y en caso de no quedar acreditados suficientemente los hechos alegados, las consecuencias negativas deben caer sobre la parte obligada a ello, por ello, la no aportación de la copia del contrato no debe repercutir en ningún caso en su beneficio, lo que le lleva a la petición de la revocación de la sentencia por falta de prueba de los hechos en que el actor basa sus pretensiones.

Considera igualmente un error de la resolución al invertir la carga de la prueba y desplazar hacia la demandada la obligación de aportar el contrato.

Y debido a la antigüedad del contrato y la fecha de su formalización y a las vicisitudes de la actividad empresarial de la recurrente, le resulta imposible localizar el contrato original.

Los extractos periódicos aseguraban que antes de comprometerse el cliente al hacer uso de la tarjeta, ya disponía de la información cabal de cual eran las condiciones.

Y por lo que respecta a la pretensión de que se califique como usurarios los tipos de interés aplicados a la tarjeta de crédito desde junio de 2010, expone que el tipo de interés aplicado en diciembre de 2004 era del 12,68%, y este tipo no es usurario, y el aplicado en las sucesivas modificaciones no se advierte una desproporción objetiva entre el precio normal del dinero y el precio de mercado.

Adquiriendo firmeza el resto de pronunciamientos de la sentencia planteadas por la demandada y desestimadas referentes a la cuantía del procedimiento, prescripción, y retraso desleal.

SEGUNDO.- La Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, prevé en su artículo 5 que estas pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Se trata del primer filtro de inclusión o incorporación, pues es obvio que solo puede consentirse válidamente aquello que ha sido conocido previamente y a tal fin la Ley se cuida de asegurar que el profesional o empresario que pretenda que el contrato se rija por las condiciones generales predispuestas facilite al cliente un ejemplar de dicho condicionado con la debida antelación para su estudio y aceptación o rechazo una vez debidamente informado.

El Tribunal de Justicia ha destacado a este respecto la importancia fundamental que para el consumidor tiene disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración porque habitualmente el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50 y sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 47 y jurisprudencia citada).

Asimismo, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54). Es decir así, a sensu contrario, debe entenderse que una cláusula contractual cuyo efecto desequilibrante únicamente se manifieste en virtud de circunstancias sobrevenidas durante la ejecución del contrato no podría ser considerada abusiva.

En consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado las exigencias transparencia e inclusión contempladas en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor.

La STS de 20 de enero de 2020, con cita de precedentes, hace un resumen del alcance de este control de inclusión y transparencia formal, razonando que mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato, de manera que conforme al art. 5 de la LCGC: a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales

incorporadas. c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Y señala que el primer filtro a aplicar es el negativo del art. 7 de la LCGC y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración, concluyendo con cita de su precedente de 9 de mayo de 2013, que para ello es suficiente con que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia reforzada y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 de la LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que

el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

TERCERO.- No se ha aportado a los autos el contrato del contrato de tarjeta de crédito que vincula a las partes, dando como hecho admitido que el mismo se formalizó el 25 de agosto de 2004. Lo que lleva a la entidad financiera demandada a entender que esa falta de aportación tal como refleja en su recurso a quien debe perjudicar es al actor con infracción la sentencia de instancia de la inversión de la carga de la prueba del art. 217 LEC.

Como dice la STS de 30 de noviembre de 2021, la regulación sobre la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de non liquet (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3.º LOPJ y 1.7.º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril).

El motivo se rechaza, pues como ya declarado esta Sala en su sentencia de fecha 18 de enero de 2021 y reiterada en la de 28 de junio de 2021, no puede estimarse exista infracción en la recurrida de las reglas que sobre la carga de la prueba establece el art. 217 de la L.E.C., pues pese a no obrar en autos documentación referida al que sirvió de base a la expedición de la tarjeta a que se refieren los extractos de movimientos mensuales adjuntados incluso con la demanda, consta acreditado que el actor antes de la presentación de la dirigió un requerimiento a la entidad financiera demandada en el que solicitaba se facilitara copia del mismo y en contestación de 6 de abril de 2018 se dice estar buscándolo y no lo encuentran, requerimiento que reiteró en el transcurso de este procedimiento, sin que se hubiese aportado.

Debe además tomarse en consideración a este respecto que el apartado 7 del art. 217 de la L.E.Civil, matiza los precedentes, obligando en todo caso a tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio y en este caso es claro que la mayor disponibilidad tanto del contrato como de los extractos de las liquidaciones de la tarjeta la ostenta la entidad financiera, por lo que una vez fue requerida por el actor para

su facilitación, el hecho de que no haber aportado el citado contrato, a ella debe perjudicar y no al actor.

De otra parte, el Tribunal Supremo indicó en su sentencia de 12 de mayo de 2008 con abundante cita de precedentes que, rectamente interpretado el artículo 30 del Código de Comercio, "se limita a establecer un período mínimo de tiempo durante el cual, en atención a los intereses de carácter general (de los acreedores, de los trabajadores al servicio del empresario, de carácter fiscal...) ha de conservar el comerciante los documentos que se hayan ido generando durante el desarrollo de su actividad. Pero en modo alguno le releva de la carga de conservar, en su propio interés, toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período en que - a tenor de las normas sobre prescripción - pueda resultarle conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas..." Por ello, la STS de 24 de marzo de 2006 llega a la conclusión de que el artículo 30.1 C.Com . no exonera de la carga de la prueba, además de que se ha de aplicar, según su tenor literal, computando el plazo de seis años desde el último asiento.

Esa doctrina ha de entenderse superada por las superiores exigencias introducidas por Ley 10/2010 de Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales y Terrorismo, y por el Real Decreto 304/2014 que aprobó su Reglamento de desarrollo pues dicha normativa amplió el deber de conservación de las copias de los documentos fehacientes de identificación, las declaraciones del cliente, la documentación e información aportada por el cliente u obtenida de fuentes fiables independientes, la documentación contractual y los resultados

de cualquier análisis efectuado, durante un periodo de diez años desde la terminación de la relación de negocio o la ejecución de la operación ocasional.

En particular el Art. 29 del segundo de los textos legales antes citados estableció que "Los sujetos obligados conservarán los documentos y mantendrán registros adecuados de todas las relaciones de negocio y operaciones, nacionales e internacionales, durante un periodo de diez años desde la terminación de la relación de negocio o la ejecución de la operación ocasional. Los registros deberán permitir la reconstrucción de operaciones individuales para que puedan surtir, si fuera necesario, efecto probatorio."

Es irrefutable que las vicisitudes acaecidas a la entidad bancaria en las últimas décadas y los procesos de fusión y apertura y cierre de oficinas no relajó en modo alguno esas obligaciones para con la autoridad de supervisión, ni tampoco derogó las que le imponían en relación con la clientela de cada una de ellas, por lo que, siendo el negocio que nos ocupa un contrato vivo, rechazamos que el Banco estuviera dispensado de la obligación de conservar el registro de las operaciones incluidas en la cuenta de la tarjeta de crédito de la solicitante, por remotas que fueren.

Por ello debe reputarse que el contrato era el documento esencial en cuanto es en sus estipulaciones donde se fijan sus condiciones esenciales, y si bien es cierto que como resultan de los extractos remitidos con regularidad por la entidad financiera al cliente y obrantes en su poder en donde aparece ya en el extracto remitido en el mes de diciembre de 2004, cuando empezó a hacer uso de la tarjeta, habiendo sido suscrita en el mes de agosto de 2004, los siguientes datos:

- límite de crédito: 1.800 euros.
- interés liquidación 1,00%, mensual TAE 12,68%
- forma de pago: fijo 40 euros
- primera disposición: 1.704,72 euros en concepto de traspaso saldo- tarjeta sustitución.

Apareciendo en los sucesivos extractos los sucesivos incrementos del límite de la tarjeta, así como las variaciones del tipo desde el momento de formalización,

Pese a ello no consta, como así de relieve en la sentencia, que se haya dado cumplimiento por parte de la entidad bancaria al requisito de incorporación, al no haberse probado que el consumidor tuviera conocimiento cabal de las condiciones esenciales del contrato al momento de su suscripción, y las hubiera aceptado y consentido, al no constar el mismo, ni tampoco que hubiere sido previamente informado de sus términos.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil, la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada

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

FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. en nombre y representación de la mercantil BBVA S.A. contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2021 por el Juzgado de Primera instancia N° 1 de Langreo en los autos de juicio ordinario n° 534/2020, CONFIRMANDO esa

resolución, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

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.