



AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

SENTENCIA: 01177/2020

Modelo: N10250
C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 Fax: 985968731
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JPA

N.I.G. 33044 42 1 2018 0015681
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001463 /2019
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: MARIA LUISA DUQUE ALEGRIA
Recurrido: LIBERBANK, S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

S E N T E N C I A NÚM.1177/2020

Ilmos Magistrados Sres.:

Presidente: JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ
JAVIER ANTON GUIJARRO
MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

En OVIEDO, a veinticuatro de junio de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0006419 /2018, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0001463 /2019, en los que aparece como parte apelante, [REDACTED], representado por el Procurador de los tribunales, Sr. [REDACTED] asistido por la Abogada D^a. MARIA LUISA DUQUE ALEGRIA, y como parte apelada, LIBERBANK, S.A., representada



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MIGUEL JUAN COVIAN
REGALES
24/06/2020 14:23
Minerva

Firmado por: JOSE ANTONIO SOTO-
JOVE FERNANDEZ
24/06/2020 19:16
Minerva

Firmado por: JAVIER ANTON GUIJARRO
25/06/2020 14:25
Minerva

por la Procuradora de los tribunales, Sra. [REDACTED]
[REDACTED] asistida por la Abogada D.^a [REDACTED]
[REDACTED] siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL JUAN
COVIAN REGALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 21-05-2019 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda presentada por el Procuradora de los Tribunales D.^a [REDACTED], en la representación que tiene encomendada en el presente procedimiento:

1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula 4^aB, del préstamo de fecha 21 de julio y la estipulación 5^a D del préstamo de fecha 7 de junio de 2004, en el que se subrogó, de una parte, CAJA de Asturias, por escritura de 6 de septiembre de 2007, y de otra, el ahora actor, por escritura de fecha 7 de agosto de 2009, relativas a comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Sin expresa imposición de costas".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.



CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24-06-2020, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recaída en la instancia en el presente procedimiento, estimando parcialmente la demanda interpuesta, declaró la nulidad por abusivas de las cláusulas relativas a comisión por reclamación de posiciones deudoras incluidas, de un lado, en la escritura de préstamo hipotecario formalizado entre las partes de fecha 21 de julio de 2009 y, de otro, en los préstamos hipotecarios en que la parte demandante se subrogó por escritura de fecha 7 de agosto de 2.009. Ciertamente es que tal sentencia no declara la nulidad de la cláusulas relativas a comisión por descubierto y comisión por reclamación de posiciones deudoras incluidas en el contrato de cuenta corriente formalizado entre las partes al declarar su falta de competencia objetiva al respecto, decisión que ha devenido firme al no ser objeto de recurso por ninguna de las partes.

Precisado lo que antecede, la parte demandante interpone recurso de apelación interesando se condene a la demandada a restituir las cantidades abonadas por comisión de reclamación de posiciones deudoras consecuencia de las cláusulas declaradas nulas, lo que se determinará en ejecución de sentencia.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Se opone al recurso la parte demandada, que interesa se confirme la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de este recurso, el examen de las actuaciones, con arreglo a lo que pasa a expresarse, conduce a la estimación del recurso interpuesto.

En primer lugar, debe señalarse que, como ya se ha dicho, la sentencia dictada en la instancia declara la nulidad por abusivas de las cláusulas a que se ha hecho referencia (la incluida en el préstamo hipotecario formalizado entre las partes y la que le resulta de aplicación por virtud de la subrogación), aunque no lo haga de las cláusulas insertas en el contrato de cuenta. Sentado esto, en la propia demanda, la parte actora indicaba las comisiones cobradas por aplicación de las cláusulas insertas en los préstamos (hecho séptimo de la demanda), separándolas de las relacionadas con el contrato de cuenta (hecho octavo), aunque, finalmente, reclamase todas ellas y otros conceptos en conjunto. Y, respecto a las cantidades cobradas por comisiones indicadas en la demanda, la parte demandada, no hizo, al contestar, objeción alguna. En consecuencia, se concluye: por una parte, que no se discute que la declaración de nulidad solo es relativa a las cláusulas insertas en los préstamos a que hemos hecho referencia y no del contrato de cuenta; y, por otra, que se cobraron comisiones por reclamaciones de posiciones deudoras derivadas de tales préstamos, al margen de las que pudieran tener su origen en el contrato de cuenta. Se concluye, entonces, la procedencia de la restitución de las cantidades cobradas por aplicación de las cláusulas declaradas nulas.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



En segundo lugar, la determinación de la cantidad a restituir puede hacerse en ejecución de sentencia, con respeto a lo previsto en el artículo 219 de la LEC. Esta Sala ha señalado la improcedencia de acordar la restitución cuando no consta la aplicación de la cláusula en cuestión, que es negada por la entidad demandada, pero tal no es el caso. Cuando como ocurre en el supuesto que nos ocupa, su aplicación no se discute y está acreditada, la determinación de la cantidad debida por tal concepto puede hacerse en ejecución de sentencia, respetando lo previsto en el artículo 219 de la LEC, tal y como han señalado diversas resoluciones de esta Audiencia que cita la propia apelante. Al respecto de esta cuestión, el Tribunal Supremo, en su sentencia de Pleno de 16 de enero de 2012, (doctrina que reiteran las de 28 de junio, 11 de julio y 24 de octubre de 2012; 9 de enero y 28 de noviembre 2013, 11 de junio de 2015 y otras posteriores) ha declarado, en interpretación de los artículos 209.4.º LEC y 219 LEC, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación. Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



operativa del incidente de ejecución. En el supuesto de autos, la Sala se inclina por considerar ajustada la decisión de diferir la cuantificación exacta al trámite de ejecución de sentencia, pues, por una parte, la condena a la devolución de la cantidad abonada en concepto de comisiones es una consecuencia ineludible de la nulidad que se declara (art. 1.303 del Código Civil), y, por otra parte, se fijan una bases precisas suficientes, sencillas, y sin especial complejidad probatoria para determinar el importe debido, pues resultará de los extractos en que cuente la aplicación de las comisiones declaradas nulas, deduciendo en su caso las cantidades ya restituidas.

En suma, de conformidad con lo razonado, es procedente condenar a la demandada a restituir las cantidades cobradas en concepto de comisión por reclamación de posiciones deudoras derivadas de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas, más los intereses legales devengados desde la fecha de pago, cantidad que habrá de determinarse en ejecución de sentencia.

TERCERO.- En relación a las costas de esta alzada, atendida la estimación del recurso, no procede condena en costas a ninguno de los litigantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la LEC.

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON [REDACTED] contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 2.019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 6419/2018, que se revoca parcialmente, condenando a la entidad demandada a restituir al



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



demandante todas las cantidades cobradas en concepto de comisión por reclamación de posición deudora derivadas de la aplicación de las cláusulas declarada nulas, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago, cantidad cuya determinación se efectuará, en su caso, en fase de ejecución de sentencia, estando a lo demás acordado en la referida resolución, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

Estimándose el recurso, procédase a la devolución del depósito efectuado (D.A. 15ª.8 LOPJ).

MODO DE IMPUGNACIÓN: Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en el BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS