



AUD. PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO
Teléfono: 985968730-29-28 Fax: 985968731 RGL

N.I.G. 33044 42 1 2020 0004740

RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000756 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000762 /2020

Recurrente: LIBERBANK S.A.

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: JOSE JAVIER CASTRO EDUARTE

Abogado: IGNACIO GARCIA GARCIA

S E N T E N C I A 37/21

Ilmos Magistrados:

D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

D^a MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA

En OVIEDO, a veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED]/2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 756/2020, en los que aparece como parte apelante, LIBERBANK S.A., representado por la Procuradora [REDACTED], [REDACTED], bajo dirección letrada de [REDACTED], y como parte apelada, [REDACTED], representada por el Procurador JOSE JAVIER CASTRO EDUARTE, asistido por el Abogado IGNACIO GARCIA GARCIA, 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.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 de OVIEDO, se dictó sentencia 1279/20 con fecha 27 de octubre de 2020, en el procedimiento ORDINARIO [REDACTED]/20 del que dimana este recurso, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. José Javier Castro Eduarte, en la representación que tiene encomendada: 1.- Se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas cuarta y quinta, relativas a la comisión de apertura y gastos, debiendo ser eliminadas. 2.- Se condena a la entidad demandada al pago de 721,22 euros, relativos a la cláusula cuarta, más los intereses legales desde la fecha de cobro y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC. 3.- Se condena a la demandada al pago de 407,05 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC. 4.- Las costas se imponen a la entidad demandada.”

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación que fue admitido; por la parte apelada se formuló escrito de oposición, en los términos que recoge el escrito obrante en autos, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, no habiéndose estimado necesaria la celebración de vista, se señaló la audiencia del día 29 de enero de 2021, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

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

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





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recaída en la instancia, estimando la demanda interpuesta, declara la nulidad por abusivas de las cláusulas relativas a comisión de apertura y gastos insertas en el contrato objeto de litigio y condena a la restitución de lo reclamado por tales conceptos, más intereses, con imposición de costas.

Frente a dicha resolución, se interpone recurso de apelación por la entidad demandada, con base en los siguientes motivos: en primer lugar, se considera improcedente la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura y restitución acordada en relación con tal nulidad; en segundo lugar, se alega la prescripción de la acción de restitución de cantidades; finalmente, se impugna la imposición de costas.

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

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de recurso, con modificación del criterio seguido por esta Sala al respecto de la cuestión planteada desde el mes de enero de 2019 y conforme pasa a razonarse, ha de rechazarse el primer motivo del recurso interpuesto.

Esta Sala y de modo uniforme las diversas secciones civiles de nuestra Audiencia, reconociendo las serias dudas sobre la legitimidad de la comisión de apertura -porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria-, vinieron inclinándose por la declaración de la nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa a la





comisión de apertura cuando no se demostraba que respondía a la efectiva prestación de servicios o gastos en que se hubiera incurrido. En tal sentido se expresa la propia resolución que se cita en la sentencia recurrida y a cuya argumentación nos remitimos en aras de evitar inútiles repeticiones.

Tal criterio se modificó por esta Sala tras el dictado de la STS 44/2019, de 23 de enero, que, también sólidamente, argumentó en otro sentido y a cuyo contenido (fundamentos de derecho tercero y quinto) también nos remitimos en aras de la brevedad.

Sin embargo, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) y al menos en tanto no hay un pronunciamiento con superior criterio, entiende esta Sala que debe volverse al inicial criterio. En efecto, en lo esencial y por una parte, el párrafo 71 de esta resolución establece: *“Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al*





objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.". Y, por otra parte, el párrafo 79 señala: "Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.". Se deduce, entonces, la posibilidad de declaración de abusividad de la cláusula cuando la entidad financiera no demuestre que la comisión de apertura responda a servicios efectivamente prestados o gastos en que hubiera incurrido.

Este ha sido, asimismo, el parecer mayoritario hasta el momento -que no unánime- de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales posterior a la STJUE de 16 de julio de 2020. Así, a título de ejemplo, puede citarse el criterio expresado en diversas sentencias por la sección 4 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (así, la de 21 de julio de 2020), de la sección 3 de la Audiencia Provincial de Castellón (así, SAP 501/2020, de 29 de julio), de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Murcia (así, SAP 723/2020, de 3 de septiembre) o de la sección 5 de la Audiencia Provincial de Baleares (así, SAP 597/2020, de 21 de septiembre).





Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, la entidad financiera no ha practicado prueba que acredite que la comisión de apertura haya respondido a servicios efectivamente prestados ni gastos en que haya incurrido, por lo que la cláusula debe considerarse abusiva y, consecuentemente, confirmar la declaración de nulidad acordada en la sentencia recurrida.

TERCERO.- En segundo lugar, es procedente el rechazo de la prescripción, aplicación de la doctrina de los actos propios o retraso desleal en el ejercicio de la acción, conforme pasa a razonarse.

Este tribunal no comparte el planteamiento que hace la parte recurrente, pues, tratándose de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, como es el caso de las cláusulas abusivas, su característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción, sin que su falta de ejercicio suponga una confirmación tácita, pues la naturaleza de la nulidad de pleno derecho es perpetua, insubsanable e imprescriptible, siendo los actos nulos de pleno derecho inexistentes e ineficaces, por lo que no cabe su convalidación, ni siquiera mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos o del retraso desleal. En este sentido se expresa de modo uniforme nuestra Audiencia, pudiendo citarse, a título de ejemplo, de la sección 4ª, la sentencia de fecha 26 de octubre de 2.018, o, de la sección 5ª, las sentencias de fecha 17 de mayo o 20 de junio de 2.018.

Por otra parte, no se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada aquí por la parte apelante en cuanto a la





prescripción de la acción de reclamación de cantidad (expresiva de la misma es, a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, de 22 de noviembre de 2.018). Es uniforme la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta. Ahora bien, en cuanto a la acción de reclamación o restitución, concurre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por ser inherente a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, bien desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona, a título de ejemplo), bien quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad (invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016, tesis esta última que compartimos), manteniéndose incluso otros criterios minoritarios distintos sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo. La reciente STJUE de 16 de julio 2020 (parágrafos 91 y 92 en particular) contempla la posible la prescripción de la acción de restitución, pero en cuanto al inicio del cómputo del plazo para la misma parece apuntar a que comenzaría a correr cuando se declara la nulidad. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia.

CUARTO.- Por lo que se refiere a las costas de la instancia, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 394.1 de la LEC, al ser total la estimación de la demanda, por





lo que procede también en este punto confirmar la sentencia recurrida.

Finalmente, en relación a las costas de esta alzada es procedente su imposición a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la LEC. Por lo demás, con base en lo expresado en la STJUE de 16 de julio de 2020 y SSTs 472/2020, de 17 de septiembre, y 510/2020, de 6 de octubre -doctrina reiterada por otras posteriores-, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho (artículo 394.1 LEC) hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del derecho de la UE, por lo que no cabe considerar tal posibilidad.

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias dicta el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de LIBERBANK, S.A., contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 762/2020, la que se confirma íntegramente, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

Confirmándose la resolución recurrida se acuerda la pérdida del depósito constituido por el recurrente, depósito al que se dará el destino previsto legalmente (D.A. 15ª.9 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.

