



**AUD. PROVINCIAL SECCION PRIMERA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00496/2021

Modelo: N10250
C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3º PLANTA 33005 OVIEDO
Teléfono: 985968730-29-28 Fax: 985968731
Correo electrónico:
Equipo/usuario: MSL
N.I.G. 33044 42 1 2020 0012242
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000366 /2021
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 [REDACTED] /2020

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: RAFAEL CASIELLES PEREZ
Abogado: SONIA BEATRIZ AREVALO PIRIZ

SENTENCIA nº 496/2021

RECURSO APELACION 366/21

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales

Oviedo, a diez de Mayo de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera 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 366/2021, en los que aparece como parte



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MIGUEL JUAN COVIAN
REGALES
10/05/2021 10:05
Minerva

Firmado por: JOSE ANTONIO SOTO-
JOVE FERNANDEZ
10/05/2021 17:31
Minerva

Firmado por: JAVIER ANTON GUIJARRO
12/05/2021 12:35
Minerva



apelante, la entidad BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora [REDACTED], asistida por la Abogada [REDACTED] y como parte apelada, [REDACTED], representada por el Procurador RAFAEL CASIELLES PEREZ, asistida por la Abogada SONIA BEATRIZ AREVALO PIRIZ, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. 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 fecha 3 de Marzo de 2021 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Rafael Casielles Pérez, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas cuarta, en los apartados relativos a la comisión de apertura y reclamación de posiciones deudoras y quinta, gastos, debiendo ser eliminadas de la escritura.

2.- Se condena a la demandada al pago de 1657,29 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura y comisión 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 las cantidades cobradas pro aplicación de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, desde la formalización del contrato y hasta su eliminación, más los intereses legales



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



desde la fecha de cada cobro y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas se imponen a la entidad demandada.”

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, 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 10 de Mayo de 2021.

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

Vistos, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la instancia, interpone recurso de apelación la entidad demandada, con base en los siguientes motivos: en primer lugar, la prescripción de la acción de restitución de cantidades abonadas; en segundo lugar, la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura y restitución acordada en relación con la misma; en tercer lugar, improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a comisión por reclamación de posiciones deudoras;



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



finalmente, la improcedencia de la imposición de costas de la instancia atendidas las dudas de derecho concurrentes.

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

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de recurso, en primer lugar, debe rechazarse la prescripción de la acción de restitución de cantidades.

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 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. Asimismo, la STJUE de 22 de abril de 2021 admite la posibilidad de prescripción de la acción de restitución e, incluso, que el plazo sea de tres años siempre que se establezca y conozca con antelación, pero en cuanto al inicio del cómputo del plazo descarta que el mismo pueda coincidir con el del "enriquecimiento injusto" por considerarlo incompatible con el principio de efectividad.

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.

TERCERO.- Respecto a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, también ha de rechazarse el recurso interpuesto. En este sentido nos hemos pronunciado a partir de las sentencias 34/2021 y 37/2021, ambas de 29 de enero de 2021.

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 a la postura inicial. En efecto, en lo esencial y por una parte, el párrafo 71 de





esta resolución dice: "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 parágrafo 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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.

CUARTO.- En tercer lugar, es necesario valorar la procedencia de la declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Al respecto de esta cláusula, la STS 566/2019, de 25 de octubre, en sintonía con lo que se mantenía de modo uniforme en esta Audiencia, ha establecido:

"La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU".

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, figura una comisión por reclamación de posiciones deudoras en una cantidad fija (18,03 euros). Y, dicho esto, resultaría que tales comisiones se cobran de modo automático, funcionando la comisión exclusivamente como una sanción al cliente que deja de pagar, sin que tampoco se justifique, en modo alguno, su proporcionalidad. Tal y como está redactada la cláusula litigiosa, la comisión por reclamación de posiciones deudoras se devenga con independencia de los servicios que se presten. Y, en tales circunstancias consideramos que la cláusula cuestionada es abusiva por provocar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, tal y como señala en la actualidad el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Esta cláusula está asimismo contemplada como abusiva en el artículo 87.5 LGDCU en cuanto que prevé el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. Por consiguiente, se trata de una cláusula nula.

Por lo demás, es reiterada la jurisprudencia del TJUE y del TS en el sentido de que la no aplicación de la cláusula no impide su declaración de nulidad cuando se considere abusiva.

En consecuencia, procede rechazar también en este punto el recurso interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

QUINTO.- 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 demás, resulta de aplicación la doctrina establecida sobre la materia 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 esta última reiterada por otras posteriores-, de modo que, entre otras consideraciones, 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.

En consecuencia, procede también en este punto desestimar el recurso interpuesto.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



SEXTO.- 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.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO DE SANTANDER, S.A., contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 1514/2020, la que se confirma íntegramente, con imposición de las costas de este recurso 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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.

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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS