



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 0012051

RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000365 /2021

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001488 /2020

Recurrente: DEUTSCHE BANK, S.A.

Procurador: LUIS ALVAREZ FERNANDEZ

Abogado: GUILLERMO FRUHBECK OLMEDO

Recurrido: ██████████

Procurador: ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ

Abogado: SARA BERNARDO FONSECA

S E N T E N C I A 715/21

Ilmos Magistrados:

D. JOSÉ ANTONIO SOTO-JOVE FERNÁNDEZ

D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

En OVIEDO, a ocho de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1488/2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 365/2021, en los que aparece como parte apelante, DEUTSCHE BANK S.A., representado por el Procurador LUIS ALVAREZ FERNANDEZ, bajo dirección letrada de GUILLERMO FRUHBECK OLMEDO, y como parte apelada, ██████████ ██████████ ██████████, representado por la Procuradora ANA LUISA BERNARDO FERNANDEZ, bajo dirección letrada de SARA BERNARDO FONSECA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ.

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 268/21 con fecha 17 de febrero de



2021, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. Ana Luisa Bernardo Fernández, en la representación que tiene encomendada: 1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula quinta, debiendo la misma ser eliminada de la escritura. 2.- Se condena a la demandada al pago de 513,44 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura y hasta la presente 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 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 08 de julio 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 el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia recaída en la instancia, interpone recurso de apelación la entidad demandada que alega la prescripción de la acción de reclamación de cantidades coetánea a la acción de nulidad de la cláusula de gastos y otras del contrato de préstamo litigioso.

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

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de recurso, es procedente el rechazo de la prescripción o la 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.

TERCERO.- En segundo lugar en relación a las costas de este recurso, se modifica el criterio seguido por esta Sala sobre el particular hasta fechas recientes, con base en lo expresado en la STJUE de 16 de julio de 2020 y STS 472/2020, de 17 de septiembre, que consideran que la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho (artículo 394.1 LEC) o por eventual minoración de la cuantía reclamada hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del derecho de la UE. En consecuencia, es procedente confirmar la imposición de costas acordada en la instancia y, asimismo, imponer las costas de este recurso a la parte apelante ex artículo 398 LEC.

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 DEUTSCHE BANK S.A., contra la sentencia 268/21, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo en fecha 17 de febrero de 2021, 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 (DA. 15^a.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 16^a, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en el BANCO SANTANDER n° 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.