



# AUD. PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

SENTENCIA: 01046/2022

Modelo: N10250  
C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO  
Teléfono: 985968730-29-28 Fax: 985968731  
Correo electrónico:  
Equipo/usuario: MSL

N.I.G. 33044 42 1 2022 0001285  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED] /2022  
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 [REDACTED] /2022

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]  
Recurrido: [REDACTED]  
Procurador: MARIA EUGENIA RODRIGUEZ CERVERO  
Abogado: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS

## SENTENCIA n° 1046/2022

### RECURSO APELACION 1040/22

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

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

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. Miguel Antonio del Palacio Lacambra

Oviedo, a veinte de Diciembre de dos mil veintidós.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED]/2022 procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO





DE APELACION [REDACTED]/2022, en los que aparece como parte apelante, la entidad BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], asistida por el Abogado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y como parte apelada, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representada por la Procuradora MARIA EUGENIA RODRIGUEZ CERVERO, asistida por el Abogado LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA.

#### 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 8 de Junio de 2022 en los autos referidos cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "**ESTIMO** la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Dña. [REDACTED] contra la mercantil Banco Santander, S.A. y, en consecuencia, DECLARO LA NULIDAD por abusivas, dejándolas sin efecto y excluyéndolas del contrato suscrito entre las partes, de las cláusulas sobre vencimiento anticipado, comisión de apertura y sobre gastos a cargo de la parte prestataria, CONDENANDO a la demandada a devolver las cantidades abonadas en aplicación de las mismas y que ascienden a 1.724,02 euros, más el interés legal desde la fecha de cada pago, con imposición de las costas a la parte demandada.

Con imposición de las costas a la parte 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 19 de Diciembre de 2022.

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

**VISTOS,** siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso por la representación de Banco de Santander S.A., frente a la Sentencia que estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas sobre comisión de apertura y gastos, contenidas un contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 12 de marzo de 2007, entre la parte demandante ahora apelada, y Banco de Santander.

Por su parte, el Banco de Santander sostiene la excepción de prescripción respecto el efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula. Incide en este aspecto a la existencia de un retraso desleal en el ejercicio del derecho, dado el lapso de tiempo transcurrido desde la formalización del contrato. También defiende la validez de la cláusula que establece una comisión de apertura.

Asimismo, interesa la suspensión de las actuaciones en tanto se resuelven las cuestiones prejudiciales que abordan cuestiones materia de la presente Litis, o el propio





planteamiento de la cuestión. Discrepa por último de la imposición de las costas que efectúa la Sentencia de instancia.

Con carácter previo, debe denegarse la suspensión del procedimiento por pendencia de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE por otros órganos judiciales. La decisión de no plantear, en el caso adherirse implícitamente, cuestión prejudicial no afecta, si no media dejación de aplicación de normativa nacional, al elenco de garantías del artículo 24 CE , así STC 58/2004 , 212/2014 , 37/2059. De otro lado, corresponde al órgano comunitario y en el caso la Sala no alberga dudas sobre el desenvolvimiento de la Directiva 93/13 pues sus artículos fueron tenidos en consideración por las STS que luego se citarán. Con ello, se entiende que ni procede suspender las actuaciones, ni mucho menos plantear cuestión prejudicial.

**SEGUNDO.-** Respecto a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, ha de reiterarse la modificación del criterio seguido por esta Sala al respecto desde el mes de enero de 2019 y conforme pasa a razonarse, 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, así como en los rollos 66 y 75/2021, en Sentencias de 23 de febrero.

En dichas resoluciones, se señala que *“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 parágrafo 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.-** Ya en lo que atañe a la prescripción de la acción para hacer efectiva la restitución de los efectos de la nulidad, tiene dicho esta Sección, en sentencias como la número 24/18, fechada el 29 de enero de 2.018, que el criterio de esta Audiencia es opuesto al que expone el recurso, pues en sentencia de esta misma Sección de 24-11-2016, se dice: 'Cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el artículo 1301 del Código Civil se refiere a la acción de nulidad fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo (sucediendo lo mismo respecto a otras cláusulas como la de gastos que aquí es la discutida) en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.015, que apunta a que la declaración de nulidad, según los arts. 9 y 10 de la LCGC es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al del artículo 1301 del Código Civil. En esta dirección, si







se tiene en cuenta que la acción ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, el que el préstamo hipotecario estuviese ya cancelado antes de presentarse la demanda no puede ser obstáculo de clase alguna para ejercitar dicha acción y sus consecuencias patrimoniales, es decir el reintegro de las cantidades indebidamente exigidas y cobradas por la entidad demandada. Y como ejemplos, pueden señalarse las sentencias del TS de 29 de abril de 1.997 o la de 14 de noviembre de 2.008, que señala: "En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261, como refiere el artículo 1300;- y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible. Lo cual ha de abocar a la desestimación del motivo de recurso.

Por último, admitiendo que la acción de restitución de los pagos hechos en aplicación de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo con consumidores se encuentra efectivamente sometida a plazo prescriptivo, encontramos que la aplicación al caso de cualquiera de las alternativas del *dies a quo* para su cómputo que aparecen planteadas ante el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo conforme Auto de 22 de julio de 2021, conducen a entender que la acción que nos ocupa no se encuentra prescrita, y ello al no haber transcurrido hasta la presentación de la demanda el plazo legal, ya entendamos que resulta de aplicación el plazo de 15 años (art. 1964-2 C.Civil en su versión original) o ya lo sea el plazo de 5 años (tras la reforma de la norma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), debiendo tener en cuenta para la aplicación de uno u otro







plazo el régimen transitorio conforme al criterio sentado al respecto por la STS 20 enero 2020, razón por la que la excepción de prescripción debe ser rechazada.

Ligado a lo anterior, debe rechazarse la alegación de retraso desleal, pues no se cumplen los presupuestos para que pueda concurrir, en particular la existencia de una renuncia inequívoca al ejercicio de un eventual derecho.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso planteado por Banco de Santander, conlleva que hayan de imponerse las costas por la apelación. 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 en cuanto a las de la instancia o de la presente alzada.

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, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Oviedo en los autos 264/22, que se confirma en su integridad.

Con particular imposición de costas respecto el recurso formulado por Banco Santander.





Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

**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.

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.



## VOTO PARTICULAR

QUE, AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL ILMO. MAGISTRADO D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO EN RELACION A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RPL 1040/2022, en Oviedo a 20 de Diciembre de 2022.

**PRIMERO.**- Mi respetuosa discrepancia con el parecer mayoritario de la Sala viene dada en atención a las siguientes consideraciones:

El Auto de 10 septiembre 2021 de la Sala Primera del TS acuerda plantear ante el TJUE las siguientes peticiones de decisión prejudicial, sobre interpretación de los arts. 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526): "1.º- ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?. 2.º- ¿Se opone al



artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?.

3.º- ¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?".





**SEGUNDO**.- El planteamiento por nuestro Alto Tribunal de dicha cuestión prejudicial ante el TJUE afecta a la decisión que debe adoptarse en el asunto aquí enjuiciado. Y ello por cuanto se vierten en dicha resolución una serie de dudas razonables en la interpretación del derecho comunitario toda vez que la decisión contenida en la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) vino condicionada por “un planteamiento distorsionado de la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia” (fundamento de derecho quinto del Auto de 10 septiembre 2021)

**TERCERO**.- En esta situación resulta imprescindible hacer uso de la facultad de suspensión de este procedimiento hasta obtener una decisión a esta nueva cuestión prejudicial comunitaria, y ello conforme faculta el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el 29 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales de fecha de 6 de diciembre de 2012.

En definitiva, las razones expuestas llevan al ponente a discrepar respetuosamente del parecer mayoritario expresado por la Sala.

Así lo expongo y firmo.

