



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00314/2021

Modelo: N10250  
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757  
Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2020 0009332  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000271 /2021  
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4 de OVIEDO  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000912 /2020

Recurrente: SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGO EFC  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]  
Recurrido: [REDACTED]  
Procurador: PAULA CIMADEVILLA DUARTE  
Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

**RECURSO DE APELACION (LECN) 271/21**

En OVIEDO, a veinte de Septiembre de dos mil veintiuno. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Riaza García, Presidente; D<sup>a</sup> Marta María Gutiérrez García y D<sup>a</sup> María Carolina Serrano Gómez, Magistradas; han pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA N° 314/2021**

En el Rollo de apelación núm. 271/21, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 912/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Oviedo, siendo apelante **SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGO EFC**, demandado en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. [REDACTED] y asistido por el



Firmado por: JAIME RIAZA GARCIA  
20/09/2021 09:45  
Minerva

Firmado por: MARTA M. GUTIERREZ  
GARCIA  
20/09/2021 17:41  
Minerva

Firmado por: MARIA CAROLINA  
SERRANO GOMEZ  
21/09/2021 19:09  
Minerva



Letrado Sr. [REDACTED]; como parte apelada DON **FERNANDO** [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] demandante en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. PAULA CIMADEVILLA DUARTE y asistido por el Letrado Sr. JORGE ÁLVAREZ-DE LINERA PRADO; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Riaza García.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 14.04.21 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Estimo sustancialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cimadevilla Duarte, en nombre y representación de don Fernando [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a la entidad "Servicios Prescriptor y Medios de Pago" y declaro la nulidad de la cláusula del contrato de tarjeta de crédito concertado entre las partes en fecha 2 de noviembre de 2.016, relativa al interés remuneratorio, y como consecuencia, declaro la nulidad del referido contrato y condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad que resulte de la diferencia entre la cuantía abonada por el actor, en virtud del citado contrato, y el capital dispuesto al amparo del mismo, lo que se determinará, en su caso, en ejecución de sentencia. Con imposición de las costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a





esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14.09.21.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia rechazó la acción interpuesta al amparo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura estimando por el contrario la de nulidad por falta de transparencia de la cláusula reguladora del interés remuneratorio que el demandante había esgrimido al amparo de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de condiciones Generales de la Contratación y de los artículos 59 y 80 del R.D.Leg. 1/2007 por el que se publicó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, declarando que la nulidad de ese pacto arrastraba la del contrato por no ser posible que este subsistiera sin el devengo de interés; en virtud de tal pronunciamiento condenó a la demandada al pago de las costas de la segunda instancia.

Interpone recurso esta última invocando la infracción del artículo 219 de la LEC y error en la valoración de la prueba practicada sobre el capital dispuesto y pagos realizados por el actor, lo que le lleva a denunciar en segundo término la vulneración del artículo 394 de ese mismo texto legal porque, siendo el actor deudor, no procedía condenar a la recurrente a reintegro alguno, de modo que debería haberse entendido que la demanda solo había sido estimada parcialmente.





**SEGUNDO.-** Este tribunal se ha hecho eco reiteradamente de la doctrina impartida por el TS en sus sentencias de 16 de enero de 2.012, reiterada en la de 17 de abril y 10 de diciembre de 2015, en las que, matizando las anteriores de de 17 de junio y 26 de noviembre de 2.010, dijo lo que sigue:

"Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7, 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo "in re ipsa"), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarativo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearía la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada, retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de la "estimación sustancial", y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de





las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste -tiempo y gastos- y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011, 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y 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 a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior ( SS. 10 de febrero de 2009, 49; 2 de marzo de 2009, 95; 9 de diciembre de 2010, 777; 23 de diciembre de 2010, 879; 11 de octubre de 2011, 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (SS. 15 de julio de 2009; 16 de noviembre de 2009, 752; 17 de junio de 2010, 370; 20 de octubre de 2010, 606; 21 de octubre de 2010, 608; 3 de noviembre de 2010, 661; 26 de noviembre de 2010, 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la





cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC) no supone ninguna indefensión.

En función de dicha doctrina legal este Tribunal ha optado hasta la fecha por remitir la cuantificación del reintegro derivado de la nulidad contractual a la ejecución de sentencia por reputar que para ello bastaría una simple operación aritmética de suma de las disposiciones en metálico y compras financiadas mediante la tarjeta y deducción de los pagos efectuados por el cliente, cualquiera que fuera el concepto en que hubieran sido imputados, esto es con independencia de que parte de esos pagos hubieran ido destinados al pago de intereses, ordinarios o por mora, o comisiones.

Ello no obstante también habíamos admitido que la demandada tenía la oportunidad de cuantificar dicho saldo en la fase





declarativa del juicio evitando que se difiriese ese particular a la ejecución de sentencia, con el añadido de que en aquellos supuestos en que el saldo seguía siendo favorable para la entidad de crédito, la pretensión de reintegro debía ser rechazada porque la declaración de nulidad del contrato no eximía al prestatario de la devolución del capital recibido; baste para ello significar que el precepto indica que “declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.”

En consecuencia habíamos significado que, en el marco de la acción de nulidad por usura, la petición expresa de reembolso implicaba necesariamente la afirmación de un saldo acreedor, pues en otro caso su interés únicamente alcanzaría a la declaración de nulidad del negocio para evitar una posterior reclamación del prestamista fundada en las condiciones pactadas; de ahí que la constatación de que el demandante seguía siendo deudor provocaba el rechazo de la pretensión de todo reintegro y tenía consecuencias en el pronunciamiento sobre las costas.

Sin embargo, revisada cuidadosamente la contestación a la demanda, constatamos que ese particular no fue objeto de debate y por tanto representa cuestión novedosa que no puede ser materia del recurso; ello es así porque el artículo 412 de la LEC advierte que los términos del debate litigioso quedan definitivamente establecidos en los escritos de demanda, contestación y, en su caso, reconvención, siendo reiterada la jurisprudencia (SS. del T.S. de 8-6-98, 15- 6-98, 18-9-99, 25-







9-99, 28-12-99, 28-3-00, 19- 4-00 y 10-6-00, entre otras muchas) que declara que han de quedar al margen de la alzada las cuestiones nuevas por infringir los principios de contradicción y defensa, al comportar una alteración de los términos en que quedó planteado el debate litigioso, de manera que no pueden ser tomadas en consideración en la alzada, aquellas cuestiones que quedaron fuera del debate en la instancia, so pena de conculcar los principios de preclusión, contradicción y defensa, reflejados en el principio latino "pendente appellatione, nihil innovetur", pues lo contrario implicaría una patente infracción del artículo 24 de la Constitución al no haberse dado a la otra parte la posibilidad de alegar y probar lo que estimara conveniente a su derecho sobre tan novedosas cuestiones (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de junio y 20 de noviembre de 1.990, 5 y 20 de diciembre de 1.991, 3 de abril de 1.993, entre otras muchas en igual sentido).

**TERCERO.-** A mayor abundamiento es necesario precisar que la acción estimada no fue la de nulidad del contrato por infringir la ley de represión de la usura, sino la de nulidad de una condición general por falta de transparencia, esto es la basada en la normativa tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

Es así que el TS ya había indicado en su sentencia 4 de julio de 2017 que "el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:





1.<sup>a</sup>) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.<sup>a</sup>) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.<sup>a</sup>) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

Así se ha pronunciado también el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 significando que "la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare



el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69).”

Por tanto concluimos nosotros que, declarada la nulidad de la cláusula abusiva, el importe a restituir no condiciona el pronunciamiento en costas y se desestima el recurso imponiendo al establecimiento apelante las costas de esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

### F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **SERVICIOS PRESCRIPTOR Y MEDIOS DE PAGO, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO S.A.U.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana confirmamos dicha resolución imponiéndole las costas de esta segunda instancia y declarando perdido el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal correspondiente.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal





y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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.

