



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEPTIMA  
GIJON**

**SENTENCIA: 00180/2021  
AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS  
SECCIÓN SÉPTIMA**

Modelo: N10250  
PZA. DECANO EDOARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Teléfono: 985176944-45 Fax: 985176940  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MIG

N.I.G. 33024 42 1 2020 0002403  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2021  
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de GIJON  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000207 /2020

Recurrente: [REDACTED]  
Procurador: BLANCA ALVAREX TEJON  
Abogado: CARLA GARCÍA RODRÍGUEZ  
Recurrido: BANCO SANTANDER S.A.  
Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA  
Abogado: LETICIA DELESTAL GALLEGO

**SENTENCIA N° 180/21**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

DON RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA  
DON JOSE MANUEL TERAN LOPEZ  
DON PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN

En GIJON, a treinta de abril de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000207 /2020, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2021, en los que aparece como parte apelante, [REDACTED] representado por el Procurador de los tribunales, D<sup>a</sup> BLANCA ALVAREX TEJON, asistido por el Abogado D. CARLA GARCÍA RODRÍGUEZ



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: RAFAEL MARTIN DEL  
PESO GARCIA  
13/05/2021 12:28  
Málaga

Firmado por: MANUEL TERAN LOPEZ  
13/05/2021 15:14  
Málaga

Firmado por: PABLO MARTINEZ-  
HOMBRE GUILLEN  
13/05/2021 14:03  
Málaga



[REDACTED], y como parte apelada, BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA, asistido por el Abogado D<sup>a</sup> LETICIA DELESTAL GALLEGO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando, parcialmente, la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. ALVAREZ TEJON en nombre y representación de [REDACTED] frente a BANCO SANTANDER S.A., representado por el Procurador D<sup>o</sup> JUAN RAMON SUAREZ GARCIA. Se condena a esta última al pago a la actora de la cantidad de 2.120,02 euros, más los intereses legales correspondientes. No procede la condena en costas procesales."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de [REDACTED], se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 27 de abril de 2021.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.





subasta y adjudicación el bien por una cuantía inferior a la deuda, concretamente por 105.958,13 euros, existiendo una diferencia de 19.955,08 euros que se reclama como pretensión principal en esta litis. 2- Al propio tiempo, siendo insuficiente la subasta para cubrir la ejecución despachada se despacha por Auto de 19 de enero de 2012 ejecución por 20.981,44 euros de principal y 38.081,87 euros de intereses, donde aplicando el interés moratorio fijado en el contrato, se calcularon estos, dice la demanda-, -sin que lo discuta la demandada, en 14.294,22 euros, aportando diligencia de ordenación que da traslado de la liquidación calculada por la ejecutante como documento 10 y aprobada por Decreto de 2 de marzo 2012. A ello se añaden las cantidades recalculadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, que hacen un total de 16.414,24 euros fijados como pretensión subsidiara. 3- Ante la imposibilidad de haber aducido en su momento la existencia de cláusulas abusivas, y también al no ser posible declarar la nulidad del procedimiento hipotecario concluido con la adjudicación del inmueble a un tercero, interpuso la actora ante el juzgado 6 de Oviedo demanda de nulidad de por abusividad y falta de transparencia, de las cláusula de intereses moratorios, donde aquel se fijaba en 10 puntos por encima del remuneratorio pactado y de la cláusula suelo, (sin incluir por tanto al del vencimiento anticipado) acumulando una pretensión indemnizatoria coincidente con la principal y subsidiara de esta litis, resuelta por Auto firme de inadmisión del Juzgado 6, de 27 de julio de 2019, por entender que dicha pretensión indemnizatoria acumulada no es compatible con la competencia exclusiva y excluyente de las acciones de nulidad de dicho juzgado. 4- A resultas de esta decisión, la parte interpuso nueva demanda ante dicho juzgado instando una demanda de nulidad de ambas cláusulas sin acumular acción alguna, concluida con sentencia firme que



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de apelación interpuesto, se discutió la posible preclusión, y en todo caso, la falta de relación causal de la indemnización postulada por la diferencia entre la cantidad adeudada en el procedimiento de ejecución hipotecaria cuyo objeto era la vivienda propiedad de la actora, y el que fue objeto de adjudicación del remate a un tercero en dicho procedimiento, que se instó cuando el ejecutado no podía alegar la existencia de cláusulas abusivas por ser anterior la incoación del mismo y la ulterior subasta, a la entrada en vigor de la ley 1/2013, relación casual que niega la sentencia respecto de la pretensión subsidiaria del pago de los intereses de demora basados en una cláusula abusiva, que ascendían a 14. 294,22 euros. Sin embargo dicha resolución estima la pretensión indemnizatoria del reembolso de los intereses en exceso pagados, como consecuencia de la cláusula suelo pactada en la escritura, también declarada abusiva, por importe de 2.120,02 euros, que se conceden, con cuya decisión se aquieta la demandada Banco de Santander.

**SEGUNDO.-** Una solución adecuada a la litis obliga a precisar los siguientes antecedentes: 1- Tras declarar el vencimiento anticipado, se interpuso en el año 2010 por la hoy demandada, demanda de ejecución hipotecaria frente a la actora y su entonces esposo (hoy fallecido) en reclamación de las cantidades que figuran en el Auto aportado como documento 4 (noviembre de 2020) por 125.969,57 euros de principal, más intereses remuneratorios y moratorios al tipo fijado en la escritura, por cuantía de 38.081,87 euros, que concluyó con



declara las de los intereses de demora y suelo, objeto de esa litis, cuyas consecuencias indemnizatorias se instan en la presente demanda.

**TERCERO.-** Sobre la preclusión desestimada en la instancia en la que insiste genéricamente el Banco de Santander, es menester señalar que este principio afectaría a las acciones derivadas de la aplicación de una y otra cláusula, habiéndose aquietado la parte sin embargo con la condena a abonar la indemnización correspondiente a la cláusula suelo cuya nulidad se declaró en el anterior proceso, sin que se haya entendido precluido en el presente. En todo caso, aunque la eficacia preclusiva alcance a las pretensiones deducibles pero no deducidas, que pudieran haber sido ejercitadas en un primer proceso (con carácter general ss. TS de 21 de marzo de 2011 y 19 de noviembre de 2014 y específicamente la de 27 de septiembre de 2017), es evidente que no ocurre en ello en el caso de autos, puesto que la parte instó en el primer proceso una demanda de nulidad e indemnización, que le fue rechazada (entendemos que incorrectamente) debido a la falta de competencia objetiva del juzgado 6, pese que en realidad la indemnización se postulaba ante la imposibilidad de llevar a efecto la restitución de prestaciones en un contrato ya resuelto, con adjudicación del bien hipotecado a un tercero, de modo que el efecto de la nulidad se traduce en una indemnización de daños y perjuicios. A la vista de lo anterior, es significativo el hecho de que la parte se viese abocada a la interposición una demanda meramente declarativa de nulidad (como le permite el artículo 219 LEC), dejando las consecuencias indemnizatorias para un ulterior proceso, para soslayar la acumulación indebida de acciones, reprochándole sin embargo el juzgado en este último procedimiento que no acumule las consecuencias indemnizatorias anudadas a la





nulidad, cuando le había sido impedida tal posibilidad en el juicio anterior. En suma, como quiera que la parte intentó acumular la acción que ahora postula y le fue denegada, es acorde con dicha actuación judicial y permitida por la LEC, la presentación de una demanda declarativa de nulidad sobre determinadas cláusulas y la indemnizatoria que ahora se pide en un ulterior proceso, sin que le sea aplicable el artículo 400 LEC; acción que evidentemente tampoco está prescrita, al igual que no lo está la de indemnizar los perjuicios dimanantes de la aplicación de la cláusula suelo anulada, que la apelada reconoce sin impedimento alguno.

**CUARTO.-** Dicho esto, debe analizarse la procedencia de indemnizar en la diferencia entre la cantidad adeudada como principal al presentar la demanda ejecutiva y el precio de adjudicación la subasta. La parte sostiene que dicha indemnización se ampara por la sentencia TS de 27 de septiembre de 2017. Sin embargo, pese a ser cierto que el juzgado de lo mercantil cuya sentencia advena en casación el TS, había concedido al recurrente la diferencia entre el importe por el que se adjudicaron las fincas y la cantidad reclamada en el procedimiento principal, el TS tan solo confirma la inaplicación de la cosa juzgada declarada por dicho juzgado sin entrar en el análisis del quantum indemnizatorio, declarando: *Como quiera que el fundamento del recurso de casación es el mismo que el del recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que la razón de decidir de la sentencia de la Audiencia Provincial fue la apreciación de la excepción de cosa juzgada, debe anularse dicha resolución y, al asumir la instancia, confirmar la sentencia del juzgado de lo mercantil. La parte demandante no recurrió, sino que lo hizo exclusivamente la demandada, ciñéndose la controversia en segunda instancia a la cosa*





juzgada y a la abusividad de la cláusula de intereses moratorios; y como quiera que lo resuelto por el juzgado de lo mercantil en cuanto a dicha cláusula es acorde con la jurisprudencia de esta sala en la materia, debe ratificarse su pronunciamiento..., de modo que no avala en este punto la sentencia del TS, la pretensión de la parte actora. Entrando en esta cuestión, al examinar la relación causal entre la imposibilidad de alegar estipulaciones abusivas y el perjuicio irrogado, debe apreciarse la diferencia existente entre el proceso resuelto por la sentencia del TS de 2017 y el presente, puesto que en aquel, se instaba también la nulidad de la estipulación sobre el vencimiento anticipado (pese a que la actora vinculaba su pretensión subsidiaria a la de los intereses de demora); estipulación que no se impugnó en los precedentes judiciales de los presentes autos, lo cual es importante dado que si se hubiese impugnado y declarado su nulidad, de haberse podido alegar en su momento, la consecuencia hubiese sido la del archivo de la ejecución, y por tanto podría hablarse de un perjuicio consiste en la diferencia entre la cantidad adeudada y la que fue objeto de adjudicación. Sin embargo, como ya ha declarado esta sala en Auto de 20 de mayo de 2020, la declaración de abusividad de los intereses de demora (y también la de falta de transparencia del suelo) no provocan el archivo de la ejecución, sino el recálculo de la deuda, continuando el procedimiento, de modo que no puede dar lugar al perjuicio reclamado en la demanda como principal dado que la ejecución habría igualmente continuado, culminando en la subasta con similar resultado al producido. Ahora bien, declarada la nulidad de los intereses de demora (superan en 10 puntos el remuneratorio), y cuantificados en la cantidad de 14.294,22 euros, no discutida por la parte demandada, debe estimarse dicho perjuicio como irrogado y derivado de la nulidad, sin que pueda la Sala





atender a otras posibles formas de moderación del quantum como sería la sustitución del de demora estipulado por el remuneratorio, por no haber sido objeto de alegación y debate por la demanda, ni en el anterior proceso, ni en esta litis, en la que no se ha hecho cálculo alguno al respecto, debido dicha cantidad incrementar la reconocida por la aplicación de la cláusula suelo también anulada, dando lugar una y otra, a la indemnización subsidiaria postulada en cuantía de 16.414,24 euros a la que se añaden los intereses, tal y como han sido objeto de condena en primera instancia, tampoco cuestionada en el recurso.

**QUINTO.-** Estimada íntegramente la pretensión subsidiaria, se imponen a la demandada el pago de costas de instancia, sin declaración sobre las del recurso (arts. 394 y 398 LEC).

#### FALLO

LA SALA ACUERDA:

Acoger el recurso en parte formulado por la representación procesal de [redacted] contra la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° Doce de Gijón, en los autos de Procedimiento Ordinario N° 207/20, y con revocación parcial de la apelada, estimar la pretensión subsidiaria instada y condenar a la demandada al pago de la 16.414,24 euros a la que se añaden los intereses legales y al pago de las costas procesales de instancia, sin declaración sobre las de la alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.







ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

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

