



Roj: **SAP O 860/2023 - ECLI:ES:APO:2023:860**

Id Cendoj: **33044370062023100144**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **10/04/2023**

Nº de Recurso: **781/2022**

Nº de Resolución: **184/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO LORENZO ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00184/2023

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2022 0004865

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000781 /2022

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000894 /2022

Recurrente: UNICAJA BANCO S.A.

Procurador: MARIA DEL CARMEN CERVERO JUNQUERA

Abogado: JOSE CUERVAS-MONS GARCIA-BRAGA

Recurrido: Alexis

Procurador: EVA CORTADI PEREZ

Abogado: SUSANA ALONSO ALONSO

RECURSO DE APELACION (LECN) 781/22

En OVIEDO, a diez de Abril de dos mil veintitrés. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Ríaza García, Presidente, D^a Marta M^a Gutiérrez García y D. Antonio Lorenzo Álvarez, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el Rollo de apelación núm. 781/22, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 984/22 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, siendo apelante **UNICAJA BANCO, S.A.**, demandado en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA CARMEN CERVERO JUNQUERA y asistido por el Letrado DON JOSE AGUSTIN CUERVAS-MONS GARCIA-BRAGA; y como parte apelada DON **Alexis**, demandante en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA EVA CORTADI PEREZ y asistido por la Letrada DOÑA SUSANA ALONSO ALONSO; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Antonio Lorenzo Álvarez.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 28 de Octubre de 2022 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" **ESTIMO** la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Alexis frente a la mercantil UNICAJA BANCO, S.A. y, en consecuencia:

1º Con respecto al contrato de préstamo hipotecario suscrito por el actor con la entidad CAJA DE AHOROS DE ASTURIAS (actualmente UNICAJA BANCO, S.A.) fecha 15 de mayo de 2009, ante el Notario D. Francisco Javier Ramos Calles, con número 785 de orden de su protocolo, DECLARO la NULIDAD ABSOLUTA o de pleno derecho, por abusivas, de la Estipulación CUARTA A) relativa a la "COMISION DE APERTURA" y Estipulación QUINTA "GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA", en lo relativo a los Gastos, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, teniendo por no puestas las citadas cláusulas con todas las consecuencias legales.

2º Con respecto a la Escritura de Novación de Préstamo Hipotecario de fecha 21 de junio de 2010 suscrita por el actor con la entidad CAJA DE AHOROS DE ASTURIAS (actualmente UNICAJA BANCO, S.A.) ante el Notario de Oviedo D. Francisco Javier Ramos Calles, con número de protocolo 1203, DECLARO la NULIDAD ABSOLUTA o de pleno derecho, por abusiva, de la Estipulación financiera CUARTA, relativa "GASTOS e IMPUESTOS", en lo relativo a los Gastos, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, teniendo por no puesta la citada cláusula con todas las consecuencias legales.

3º Con respecto a la Escritura de Novación de Préstamo Hipotecario de fecha 7 de junio de 2011 suscrita por el actor con la entidad CAJA DE AHOROS DE ASTURIAS (actualmente UNICAJA BANCO, S.A.) ante el Notario de Oviedo D. Francisco Javier Ramos Calles, con número de protocolo 959, DECLARO la NULIDAD ABSOLUTA o de pleno derecho, por abusiva, de la Estipulación financiera CUARTA, relativa "GASTOS e IMPUESTOS", en lo relativo a los Gastos, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, teniendo por no puesta la citada cláusula con todas las consecuencias legales.

4º Con respecto a la Escritura de Novación de Préstamo Hipotecario de fecha 25 de junio de 2012 suscrita por el actor con la entidad CAJA DE AHOROS DE ASTURIAS (actualmente UNICAJA BANCO, S.A.) ante el Notario de Oviedo D. Francisco Javier Ramos Calles, con número de protocolo 1037, y que hemos acompañado como documento número 14 de la demanda, DECLARO la NULIDAD ABSOLUTA o de pleno derecho, por abusiva, de la Estipulación financiera CUARTA, relativa "GASTOS e IMPUESTOS", en lo relativo a los Gastos, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, teniendo por no puesta la citada cláusula con todas las consecuencias legales.

5º CONDE **NO** a la entidad demandada a abonar a la demandante la cantidad total de TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (3.832,83 €), más los intereses legales desde el 05/04/2022 hasta Sentencia y, desde ésta y hasta su efectivo pago, los previstos en el artículo 576 de la LEC .

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 demás 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 27.03.2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 6.3, 1261 y 1274 del Código Civil, y de los artículos 5., 7., y 8. de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y del 82 del R.D. Leg. 1/2007, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias declarando la nulidad, entre otras, de la cláusula del contrato de préstamo con hipoteca formalizado entre las partes en fecha 15 de mayo del 2009, que imponía al prestatario el pago de una comisión de apertura, condenando a la entidad demandada al reintegro de su importe.

Recorre la entidad bancaria defendiendo que la comisión de apertura forma parte del precio y que por tanto, no es susceptible de control de contenido, a lo que añade que supera sobradamente el control de transparencia reforzada aplicado por la jurisprudencia en el análisis de las cláusulas predispuestas por el empresario en contratos celebrados con consumidores. Finaliza el recurso, solicitando la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda sobre el citado particular.



Muestra su disconformidad la apelada que interesa la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Se presenta en la alzada, uno de los debates más en boga en los últimos tiempos, como es el relativo a la validez de la comisión de apertura inserta en contratos de préstamo hipotecario, que ha dado origen a multitud de resoluciones judiciales a favor de una u otra postura.

Para la resolución del recurso, debemos de partir de un dato histórico como era el que tanto esta Sala, como 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.

Tal criterio se modificó por esta Sala tras el dictado de la STS 44/2019, de 23 de enero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 9ª, 23-01-2019 (rec. 2982/2018), que, también sólidamente, argumentó en otro sentido al indicar resumidamente, que la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; y que tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio de préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera que concede el préstamo y no se corresponden a actuaciones o servicios eventuales. La apreciación del carácter abusivo de la cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y retribución por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Según el Supremo, la propia naturaleza del préstamo y las operaciones necesarias para su concesión muestran que la etapa inicial del préstamo exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario y es la normativa que regula la actividad bancaria la que prevé la posibilidad de que además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integral del precio una comisión de apertura. Además, su naturaleza y tratamiento legal es distinto del resto de las comisiones que deben responder a la prestación de un servicio específico distinto al de su concesión. Como parte del precio la comisión de apertura, está excluida del control de contenido, salvo que la cláusula no sea transparente.

Sin embargo, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 Jurisprudencia citada CPTJUE, ECLI: EU:C:2020:578, C-224/19, 16-07-2020 y C-259/19), y al menos en tanto no hay un pronunciamiento con superior criterio, entiende esta Sala y así lo hemos indicado en nuestras últimas sentencias de 22 de junio y 8 de noviembre del 2022, que debe volverse al inicial criterio, como así por otro lado ha tenido ocasión de indicar la sección primera de nuestra Audiencia Provincial, especializada en condiciones generales de la contratación insertas en contratos de préstamo hipotecario con consumidores, siendo resumen de su postura las sentencias más recientes de 29 de marzo; 7 de abril y 21 de julio del 2022. En efecto, en lo esencial y por una parte, el parágrafo 71 de la STJUE antes citado 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 - discrepando abiertamente del criterio antes referenciado del Alto Tribunal -. 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, Jurisprudencia citada CPTJUE, ECLI: EU:C:2020:578, C-224/19, 16-07-2020 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 lo que nos hace volver al criterio primigenio antes expuesto.

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 Jurisprudencia citada CPTJUE, ECLI:EU:C:2020:578, C- 224/19, 16-07-2020. Así, a título de ejemplo, puede citarse el criterio expresado en diversas sentencias por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas (así, la de 21 de julio de 2020), de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón (así, SAP 501/2020, de 29 de julio), de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia (así, SAP 723/2020, de 3 de septiembre) o de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares (así, SAP 597/2020, de 21 de septiembre). También, en el mismo sentido, se han expresado otras secciones de esta Audiencia, así, sentencia 276/2021, de 9 de julio, o de 17 de noviembre del 2021 de la sección 4ª, donde expresamente se recoge lo siguiente: << Los argumentos anteriores, vigentes en el momento actual, venían siendo utilizados por esta Audiencia Provincial para anular la comisión de apertura, como muestran, por ejemplo, los autos de la Sección 1ª, de fechas 29 de Febrero de 2016 (nº 37) y 20 de Diciembre de 2017 (nº 161). No obstante esta línea jurisprudencial se vio alterada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019 (nº 44) que, al considerar la comisión controvertida como un coste esencial y parte del precio del préstamo, excluyó toda posibilidad de control de abusividad. Con posterioridad el TJUE (Sala 4ª) en su sentencia de 16.7.20 - casos acumulados Caixabank, S.A. y BBVA, S.A., ha declarado que el hecho de que la comisión de apertura se incluya en el coste total de un préstamo no le asigna la condición de prestación esencial de éste. Añade que tal comisión perjudica al consumidor, es contraria a la buena fe y genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes si la entidad financiera no demuestra que obedezca a servicios prestados o gastos en los que haya incurrido, pudiendo en tales circunstancias declararse nula por abusiva, que es justamente lo que acontece en nuestro caso. La sentencia de instancia se limita a aplicar la nombrada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019 sin tener en cuenta la reciente y preeminente sentencia europea, por lo que el recurso de apelación ha de prosperar en este punto, como esta misma Sala tiene resuelto en supuestos similares, siendo ejemplo de ello la sentencia de 9 de Julio de 2021 (nº 276) y el auto de 13 de Septiembre de 2021 (nº 109)>>.

Somos conscientes de que el Tribunal Supremo dictó el Auto 10856/2021, de 10 de septiembre formulando la cuestión prejudicial a la que nos hemos aludido al comienzo. En ella, el Alto Tribunal interesaba del TJUE que se conteste, en síntesis: si es conforme al derecho comunitario la consideración de la comisión de apertura como parte del precio, atendiendo a la específica regulación nacional; si son conformes los criterios establecidos en la jurisprudencia del TS para considerar la cláusula que establece la comisión de apertura como transparente; y, finalmente, si es conforme al derecho comunitario una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula como la que aquí es objeto de litigio no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Pues bien el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) dando respuesta a los interrogantes antes citados, declaró en su reciente sentencia de 16 de marzo del 2023 que:

1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.



Con tales consideraciones el escenario es el mismo que hasta la fecha, lo que motiva la confirmación de la respuesta alcanzada en la instancia, dado que no siendo parte del precio la citada comisión de apertura, la misma debe responder a la prestación de unos servicios concretos; especialmente acreditados por la apelada, previa información al prestatario para su aceptación, en aras a poder justificar que esa comparativa de prestaciones, repetimos servicios prestados y pago por los mismos, no causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, por lo que no habiéndose aportado a los autos la más mínima evidencia probatoria acerca de la prestación de los servicios/gastos que hacen nacer y que podrían justificar el pago de la comisión y por ello la posición de la apelante, se debe mantener la nulidad de la cláusula ante ese evidente desequilibrio cualitativo por cuanto la apelada abonó el importe ahora reclamado sin haber recibido una contraprestación por la apelante a modo de la realización de unos servicios no acreditados.

TERCERO.- Al haberse desestimado el recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 398 de la LEC, las costas se imponen a la entidad apelante.

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

FALLO

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la entidad "**UNICAJA BANCO S.A**", contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, en los autos de que este rollo dimana, **confirmamos** la misma, con imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino que legalmente proceda.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.