

**AUD. PROVINCIAL SECCION PRIMERA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00656/2022

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 2021 0005402
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 000[REDACTED] /2021
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001313 /2021

Recurrente: CAIXABANK, S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: BARBARA ESTRADA MARINA
Abogado: JOSE ENRIQUE CARRERO-BLANCO MARTINEZ-HOMBRE

SENTENCIA n° 656/2022

RECURSO APELACION 1[REDACTED]/21

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

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

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales

Oviedo, a siete de Julio de dos mil veintidós.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1313/2021, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: JOSE ANTONIO SOTO-
JOVE FERNANDEZ
07/07/2022 09:33
Minerva

Firmado por: JAVIER ANTON GUIJARRO
07/07/2022 13:36
Minerva

Firmado por: MIGUEL JUAN COVIAN
REGALES
08/07/2022 13:28
Minerva

RECURSO DE APELACION 1514/2021, en los que aparece como parte apelante, la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora [REDACTED], asistida por el Abogado [REDACTED], y como parte apelada, [REDACTED], representado por la Procuradora BARBARA ESTRADA MARINA, asistido por el Abogado JOSE ENRIQUE CARRERO-BLANCO MARTINEZ-HOMBRE, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ.

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 27 de Octubre de 2021 en los autos referidos cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.^a Bárbara Estrada Marina, en nombre y representación de D. [REDACTED] frente a la entidad **CAIXABANK, S.A.:**

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 4^a, en lo relativo a la comisión de apertura y de reclamación de posiciones deudoras, de la 5^a, en materia de gastos, de la 6^a, de intereses de demora, y de la 6^a bis, de vencimiento anticipado, contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 6 de septiembre de 2012.

2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora 1.125 euros en concepto de comisión de apertura y 942,64 por gastos de notaría, Registro de la Propiedad, gestoría y tasación, con los intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos



Con imposición de costas a la 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 7 de Julio de 2022.

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

VISTOS, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la primera instancia, se formula recurso de apelación por la entidad demandada impugnando la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura y restitución acordada en relación con tal nulidad, considerando válida tal cláusula.

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

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de recurso, conforme pasa a razonarse, ha de rechazarse la apelación articulada. En este sentido se ha pronunciado esta



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Sala sobre la cuestión controvertida a partir de las sentencias 34/2021 y 37/2021, ambas de 29 de enero de 2021.

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, extensamente, 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, con posterioridad a 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 a la posición inicial. 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*



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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 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).

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. El propio hecho de que, con carácter general, la comisión de apertura se establezca en un porcentaje del importe total del préstamo concedido, vendría a poner de manifiesto que la comisión no se corresponde con los gastos o servicios prestados en cada caso concreto, aunque los mismos pudieran considerarse inherentes a la propia actividad del prestamista.

En el momento actual no se puede desconocer que, por ATS 10856/2021, de 10 de septiembre, se ha formulado al TJUE petición de decisión prejudicial sobre la cláusula que nos ocupa. El TS, considerando que la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia TJUE de 16 de julio de 2020 fue planteada de un modo distorsionado, interesa del TJUE 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.

Ahora bien, sin perjuicio de que pueda compartirse mucho de lo que se expresa en este auto, tampoco puede desconocerse la distinta posición en que se encuentra el TS, en cuanto órgano de última instancia, y esta Sala sobre la necesidad de someter la cuestión prejudicial al TJUE (artículo 267 TFUE). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el TJUE ya ha resuelto en la sentencia que acabamos de reseñar las dudas que, desde la perspectiva del derecho de la Unión, podría plantear la cláusula que establece la comisión de apertura, aunque ahora se reelabore la cuestión desde otra perspectiva. Resulta, entonces, aplicable la propia doctrina del TJUE sobre la no obligación de plantear cuestión prejudicial aunque ya se haya planteado una nueva cuestión y sobre la no obligación de esperar una nueva respuesta. Estaríamos, además, ante un acto aclarado por el propio TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), particularmente cuando expresa 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*



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido". Finalmente, no puede dejar de expresarse que, en la decisión de no suspender la tramitación del presente procedimiento, inciden, también, razones de índole práctica, pues el continuo planteamiento de cuestiones prejudiciales impediría que pudieran resolverse los recursos que penden ante esta Sala y, en el concreto caso que nos ocupa, la suspensión de los procedimientos llevaría a una paralización muy significativa de la actividad esta Sala.

TERCERO.- En relación a las costas de esta alzada es procedente su imposición a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la LEC. 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 esta última reiterada por otras varias sentencias 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.

Por lo demás carece de base la invocación por la demandada del artículo 395 LEC respecto a costas de la instancia pues su allanamiento ha sido meramente parcial.

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 CAIXABANK SA contra la sentencia dictada por





el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo la que se confirma íntegramente, 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 (D.A. 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 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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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 1514/2021, en Oviedo a 7 de Julio 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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS