



**AUD. PROVINCIAL SECCION PRIMERA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00768/2022

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 0008037
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000029 /2022
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001888 /2021

Recurrente: UNICAJA BANCO,S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

SENTENCIA nº 768/2022

RECURSO APELACION 29/2022

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

Oviedo, a tres de Octubre de dos mil veintidós.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1888/2021 procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO



[REDACTED] Firmado por: [REDACTED]
05/10/2022 10:30 Minerva 05/10/2022 13:20 Minerva



DE APELACION 29/2022, en los que aparece como parte apelante, la entidad UNICAJA BANCO S.A. (anteriormente LIBERBANK S.A.), representada por la Procuradora [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] asistida por la Abogada [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y como parte apelada, [REDACTED] representada por la Procuradora [REDACTED] asistida por el Abogado JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

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 10 de Noviembre de 2021 en los autos referidos cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a la comisión por subrogación objeto de la litis, debiendo ser eliminada de la escritura.

2.- Se condena a la demandada al pago de 503,50 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago y hasta la presente sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas se imponen a la entidad 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 3 de Octubre de 2022.

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

VISTOS, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. [REDACTED]
[REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la instancia, interpone recurso de apelación la entidad demandada, alegando la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de subrogación y restitución acordada en relación con la misma.

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

SEGUNDO.- Se asume el criterio del Juez a quo de que los argumentos aplicables al analizar la validez de este tipo de estipulación son análogos a los sentados respecto a la comisión de apertura. Respecto a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, con 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.

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, de modo fehaciente 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.- 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 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) o por minoración de la cuantía reclamada hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del derecho de la UE, por lo que no cabe considerar tal posibilidad.



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 UNICAJA BANCO 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 este recurso 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.