



**AUD. PROVINCIAL SECCION CUARTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00423/2023

C/ CONCEPCIÓN ADEMI Nº 2 - 2
[REDACTED]

Teléfono: 985968737 Fax: 985968740

Correo electrónico:

Equipo/usuario: AFC

N.I.G. 33044 42 1 2022 0009348

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000120 /2023

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001592 /2022

Recurrente: UNICAJA BANCO UNICAJA BANCO

Procurador: MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ

Abogado: BEATRIZ GUTIERREZ TUÑÓN

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: MARIA CONCEPCION GONZALEZ ESCOLAR

Abogado: FUENSANTA CABRERA SALINAS

NÚMERO 423

En OVIEDO, a veinte de septiembre de dos mil veintitrés, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, D. Javier Alonso Alonso y Doña Raquel Blázquez Martín, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el **recurso de apelación número** , en autos de ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001592 /2022, procedentes del Juzgado





de Primera Instancia número 6 de los de Oviedo, promovido por **UNICAJA BANCO, S.A.**, demandada en primera instancia, contra Doña [REDACTED], demandante en primera instancia; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Alonso Alonso.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha a veintiséis de enero del dos mil veintitrés, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO.- ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. [REDACTED] frente a la mercantil UNICAJA BANCO, S.A. y, en consecuencia: 1).- DECLARO la nulidad la nulidad de la Cláusula 5 B) sobre comisión de apertura del contrato de préstamo suscrito entre las partes, condenando a la demandada a la devolución a la parte actora de la suma de 631,06 euros, más el interés legal desde la fecha del pago.2).- DECLARO la nulidad de la Cláusula Financiera sexta sobre interés de demora. Con imposición de las costas a la parte demandada.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día 19 de septiembre de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En relación a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado el día 7 de febrero de 2000, la sentencia de instancia acogió la demanda que formuló la prestataria y declaró la nulidad por abusivas de las cláusulas por la que se fijaban los intereses de demora y la que establecía una comisión de apertura, condenando a la entidad bancaria a restituir los importes abonados, razonando, en esencia y en cuanto a esta última, que la entidad no había acreditado que la comisión respondiera a servicios efectivamente prestados por ella. Y ésta formula recurso cuestionando únicamente los pronunciamientos que afectan a la comisión, para sostener, en esencia, que la misma debe tener





un tratamiento distinto al que corresponde a las demás, y que, en el caso de autos, cumple con las condiciones de transparencia, sin que su contenido pueda reputarse abusivo, lo que, en suma, debería llevar a afirmar su validez, con la consiguiente estimación parcial de la demanda y la revocación añadida de la condena al pago de las costas de primera instancia que igualmente le impuso la resolución apelada.

SEGUNDO. El examen de la validez de la debatida comisión debe partir de las siguientes consideraciones:

1) Esta Sala venía empleando argumentos similares a los recogidos en la resolución recurrida señalando que, no obstante el criterio que expresaba la STS nº 44/2019 de 23 de enero, la obligada sujeción (art. 280 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a lo resuelto sobre la cuestión en la STJUE de 16 de julio de 2020, llevaba necesariamente a afirmar que la comisión de apertura no podía entenderse como parte del objeto principal del contrato; como también que la misma había de reputarse abusiva *"cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido"*.

2) Por su parte, la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) dio respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo acerca de la comisión, en el sentido de: (i) reiterar que la misma no puede considerarse como parte del objeto principal del contrato; (ii) señalar que, pese a esa naturaleza accesorio, está sujeta a las exigencias de transparencia que resultan de los arts. 4.2º y 5 de la Directiva 93/13/CEE, de manera que *"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"*; y (iii) concluir que *"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"*.

3) Tras ello, la STS nº 816/2023 de 29 de mayo examinó la validez de la comisión de apertura, recordando, en relación al préstamo con garantía hipotecaria que era objeto de





enjuiciamiento, que en las sucesivas normas que definían las exigencias de transparencia en tales operaciones (Orden de 5 de mayo de 1994, Ley 2/2009, de 31 de marzo, y Ley 5/2019, de 15 de marzo) la misma tiene un tratamiento diferenciado al de las demás comisiones, quedando englobada en ella los gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo u otros similares inherentes a la actividad de la empresa derivados de esas operaciones. A la vez que señalaba que, según resulta de las sentencias del TJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17) y 3 de septiembre de 2020 (asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19), el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión no estén detallados no significa que la cláusula correspondiente no cumpla con las referidas exigencias de transparencia.

4) En relación a esas exigencias, la sentencia reitera lo recogido en la del TJUE de 16 de marzo de 2023 en orden a las comprobaciones que es preciso realizar para constatar si la cláusula es clara y comprensible en cuanto a sus consecuencias económicas y jurídicas, y que se condensa en: "(i) *Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella. (ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen. (iii) Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito; (iv) Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito*".

A la vez que recuerda los instrumentos de evaluación que manejaba la sentencia expresada, que eran: "(i) *A los efectos de que el prestatario pueda ser consciente de la carga económica de la comisión de apertura, el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32). (ii) En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa*





modalidad contractual (apartados 42 y 43). (iii) De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida. (iv) También ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46)".

5) A esa comprobación se suma en la sentencia, además, la que es propia del control de contenido, proponiendo con ello un enjuiciamiento conjunto con las exigencias de transparencia que responde a la propia naturaleza accesoria de la comisión, para la que, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (en las que la falta de transparencia abre la posibilidad de realizar el control de abusividad), la ausencia de transparencia "no tiene esa función de "control de acceso" al juicio de abusividad, pues puede(n) ser abusiva(s) por su contenido aunque su redacción sea clara y comprensible y se haya facilitado al consumidor información sobre su existencia y alcance" (STS nº 418/2023 de 28 de marzo, con cita del auto del TJUE de 3 de abril de 2014 y la sentencia de 12 de enero de 2023). Esto es, que, como declara esta última, "la transparencia de una cláusula contractual es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva".

6) En ese juicio de abusividad la sentencia incide en que: (i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse que el prestamista tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (apartado 50). (ii) Respecto del desequilibrio importante, que no cabe afirmar que una cláusula que establezca una comisión de apertura en un préstamo o crédito hipotecario no respete en todo caso el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, sino que habrá que valorar que el coste no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo o que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor (apartados 51, 58 y 59)". Todo ello para concluir: "en cuanto al control de contenido el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es per se abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo".





7) En fin, en el caso concreto, la sentencia, tras advertir que no es posible ofrecer una respuesta única -que, por el contrario, estará en función de las concretas circunstancias de cada supuesto- terminó afirmando la validez de la comisión enjuiciada, pues: (i) se cumplían los requisitos de transparencia exigidos por la normativa que resultaba de aplicación. En ese caso, los contemplados en el apartado 4.1 del anexo II de la mencionada Orden de 5 de mayo de 1994 que eran la inclusión de todos los gastos antes mencionados; la integración en una única comisión de apertura con esa explícita denominación; su devengo por una sola vez; y que su importe, forma y fecha de liquidación, aparecieran especificados en la propia cláusula. Y al efecto razonaba que "en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento"; (ii) en cuanto a la posibilidad de que el consumidor pudiera entender la naturaleza de los servicios prestados como contrapartida, sobre la base de la definición legal de la comisión de apertura, señalaba que "la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE"; (iii) añadía que "No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado..."; y (iv) en fin, en orden a la proporcionalidad de su importe, explicaba que "con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste





medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%".

Todo ello para concluir, en suma, en la estimación del recurso, "puesto que la Audiencia Provincial limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE".

CUARTO. Con esas premisas, ha de ratificarse la declaración de abusividad de la comisión de apertura enjuiciada.

En la estipulación cuarta de la escritura consta: "Comisión de apertura: La presente operación de préstamo devenga por una sola vez una comisión de apertura de ciento cinco mil pesetas (105.000 ptas) equivalente a seiscientos treinta y un euros y seis céntimos de euro (631,06 euros), pagadera por la parte prestataria en este acto". Lo que representa un 1,5% del capital prestado (siete millones de pesetas).

La comisión figura con separación de las demás asociadas a la operación, y en el documento se hace referencia, al igual que en el supuesto examinado por el Tribunal Supremo que se ha expuesto, a la entrega del folleto de tarifas y comisiones, así como a la coincidencia de las condiciones financieras del contrato con las recogidas en la oferta vinculante.

Sin embargo, en la propia estipulación se prevé (apartado A) una "Comisión de estudio" de la que se dice que el préstamo está exento. Lo que es suficiente para concluir que la comisión de apertura no supera los presupuestos mínimos para evitar su declaración de abusividad, según la doctrina establecida por las resoluciones antes examinadas. Como decíamos en las sentencias nº 305/2023 de 13 de junio, y nº 327/2023 y 328/2023 de 21 de junio, esa duplicidad en la exposición de las comisiones induce a confusión al cliente pues se alude a una comisión de estudio, separada de la de apertura, que se presenta como gratuita o exenta, de tal modo que, además del solapamiento por el mismo concepto, que ha de rechazarse según establecen las resoluciones citadas, el consumidor no puede conocer razonablemente cuáles son los servicios proporcionados como contrapartida, dado que el núcleo principal que integra el contenido de esta clase de cláusulas es precisamente el estudio de la solvencia del prestatario, de los riesgos inherentes a la operación y de cómo llevar a cabo la tramitación singularizada del préstamo; y esos gastos, como se ha visto, se ofrecían de forma





gratuita, desconociéndose cuáles otros podrían incluirse en la cláusula litigiosa.

En consecuencia, el recurso se desestima.

QUINTO. Las costas del recurso se imponen a la recurrente según el art. 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y su desestimación lleva a confirmar la decisión sobre las de primera instancia, que también se le impusieron al amparo del art. 394.1º.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

F A L L O

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por UNICAJA BANCO S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo con fecha 26 de enero de 2023, en los autos de juicio ordinario número 1.592/2022, que se confirma en su integridad, imponiendo a la apelante las costas derivadas de la tramitación del recurso. Y con pérdida del depósito constituido para formularlo, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que es susceptible de recurso de casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos previstos en los arts. 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (B.O.E. de 29 de junio)-, debiendo interponerse en el plazo de VEINTE DÍAS ante este Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones.

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.

