



AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA OVIEDO

SENTENCIA: 00238/2025

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000853 /2024

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO
DON EDUARDO GARCÍA VALTUEÑA

En OVIEDO, a veinte de mayo de dos mil veinticinco.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Verbal nº 624/24 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés, Rollo de Apelación nº 853/24, entre partes, como apelante y demandada **UNICAJA BANCO, S.A.**, representada por la Procuradora xxxxxxxx y bajo la dirección del Letrado Don xxxx, y como apelados y demandantes **DON xxxx xxxx y DOÑA xxxxxxxx**, representados por la Procuradora Doña Natalia Carús Fernández y bajo la dirección de la Letrado Doña María Teresa Domínguez Murias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés dictó sentencia en los autos referidos con fecha catorce de noviembre de dos mil veinticuatro, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda formulada por de don xxxxxx y doña xxxx, demanda de juicio verbal frente a la entidad UNICAJA BANCO SA y en consecuencia: DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUINTA, de la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 20 de mayo de 1999, autorizada ante el Notario Notaria Doña Inmaculada Pablos Alonso con protocolo nº 836, relativa a





la imposición de los gastos y tributos a cargo de la parte prestataria hipotecante, así como la comisión de apertura, eliminándolas teniéndolas por no puestas y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de las mismas, DECLARANDO y confirmando que la demandada es la obligada a abonar los gastos relacionados en los hechos de la presente demanda.

Y en consecuencia, CONDENO A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la cláusula nula, y que ascienden a la cantidad de MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (1468,15 €), todo ello con los INTERESES LEGALES DESDE SU SATISFACCIÓN POR LA DEMANDANTE, HASTA FECHA DE SENTENCIA, (siendo a fecha de presentación de la presente demanda 2.653,49€) INCREMENTADOS EN DOS PUNTOS TRAS LA MISMA HASTA SU EFECTIVO PAGO,, en virtud del art. 576 de la LEC.

Se declara la expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes.".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Unicaja Banco, S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Doña xxxxxxxx y Don xxxx suscribieron con Caja de Ahorros de Asturias, SCC (hoy Unicaja Banco, S.A.) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se disponen de cargo de los prestatarios todos los gastos derivados de la formalización del negocio y tributos y el devengo de una comisión de apertura del 1,51% del nominal del capital y los prestatarios accionaron interesando la declaración de nulidad de las referidas estipulaciones y la restitución de las cantidades satisfechas por su aplicación.



El demandado se allanó a la declaración de abusividad de la estipulación relativa a la imputación del gasto pero defendió la licitud de la comisión de apertura no obstante lo cual el Tribunal de la instancia declaró su nulidad por desproporcionada al superar el umbral del 1,50% del nominal del capital y la demandada recurre.

SEGUNDO.- Sobre la comisión de apertura tenemos dicho en nuestra sentencia de 4-7-2023: "La sentencia del T.S. de 23-01-2019 declaró, en apretada síntesis, que la comisión de apertura formaba parte del precio del contrato de préstamo, que la normativa que la identifica y regula está destinada a asegurar su transparencia y que, superado ese control, como forma parte del precio, no podía ser sometida al control de contenido (art. 4.2 Directiva 53/13).

El TJUE, por su parte, en su sentencia de 16-03-2023, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el TS en su auto de 10-09-2021, declaró, de nuevo en síntesis, que la comisión de apertura no formaba parte de los elementos esenciales del contrato de préstamo; que para valorar el carácter claro y comprensible de la estipulación que la establece el Juez competente debe de comprobar que el prestatario está en condiciones de evaluar sus consecuencias económicas, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida a su devengo y verificar que no hay solapamiento con otros gastos previstos en el contrato o los servicios que estos atribuyen; y en tercer lugar, que no es contraria a la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial que considera que una cláusula que estipula el pago de una comisión que remunera los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario puede no causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante con la condición de que ese posible desequilibrio sea objeto de control efectivo por el Juez competente de acuerdo con los criterios del Tribunal, a saber: primero que es rechazable un juicio positivo apriorístico y automático sobre su no abusividad por el solo hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad del prestamista ocasionados por la concesión de préstamos previstos en la normativa nacional; segundo, que por el contrario, pueda considerarse razonablemente que, efectivamente, corresponde a esos servicios; y tercero, que sea proporcional en relación con el importe del préstamo.

A la luz de dichas consideraciones el TS dictó su reciente sentencia de 29-05-2023 donde, asumiendo que la comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato, procede a su análisis sometiéndola a los controles de transparencia cualificada y de contenido, de acuerdo con lo que a continuación se expone.

Empezando por el control de transparencia, el Tribunal otorga singular relevancia a que la comisión de apertura haya sido objeto de un tratamiento singular y diferenciado en la normativa sectorial respecto al resto de las otras posibles comisiones que el profesional pueda repercutir por otros servicios o gastos, con especial referencia a la OM de 5-5-1994, por ser la que regía el acto de contratación a que se refiere el proceso.

Dicha norma (la O.M. DE 5-09-1994), en su preámbulo, declara que su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, exigiendo, a ese fin, la entrega de un folleto informativo inicial que especifique de forma estandarizada, pero con la debida claridad, las condiciones financieras del préstamo, remitiéndose en cuanto a su contenido mínimo a su Anexo I, entre cuyos elementos está una referencia explícita a la comisión de apertura y una oferta vinculante con el contenido mínimo del Anexo II, que dedica un apartado propio a las comisiones y una específica y singular atención a la comisión de apertura que va más allá de su sola mención, pues la dota de un nombre y contenido propios.

La STS de 9 de mayo del año 2.013 ya había declarado, en su apartado 202, que la detallada regulación del proceso de concesión de los préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la citada Orden garantizaba razonablemente la observación de los requisitos de la L.C.G.C., pero la sentencia del Alto Tribunal de 29-05-2023 va más allá del control de incorporación y cognoscibilidad documental, significando la importancia de su tratamiento normativo singularizado, reiterado por la Ley 2/2009 y la Ley 5/2019, y es que no se puede obviar que, como viene a declarar el Preamble de la O.M 2899/2011, de 28 de octubre, el legislador ha venido desplegando a lo largo del tiempo un sistema de especial protección del cliente bancario mediante una legislación financiera regida por el propósito y fin de la transparencia, debiendo entenderse la referencia a ella como más allá de la puramente documental.

Retomando la descripción singularizada que normativamente se ha hecho de la comisión de apertura, el otorgamiento por la propia norma (O.M. 1994. II Anexo) de un nomen que la identifica y diferencia de las demás comisiones, así como de un contenido específico y concreto, contribuye a su transparencia cualificada.

Así, en cuanto al nomen, la STJUE de 3-09-2020, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19), en su apartado 77 viene a admitir su toma en consideración para la identificación del servicio o gasto, y en este mismo sentido la Circular del BE 5/2012, de 27 de junio, que sustituye la 81/1990, en su norma sexta, relativa a la información precontractual que deben facilitar las entidades sobre las comisiones, dispone que, en el caso particular de los préstamos, cuando "las comisiones, o

gastos de estudio, tramitación u otros similares ocasionados por la concesión de los mismos no se integran en una única comisión de apertura deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes", es decir, la comisión que en los contratos venga identificada con el nombre de comisión de apertura goza de una individualización que, junto con la información precontractual (la obligada y la prestada voluntariamente por el prestamista), posibilita el conocimiento del servicio a que responde sin necesidad de una prolija descripción en su redacción de las concretas actuaciones desarrolladas por el prestamista.

Dicho lo anterior, desde esta caracterización singularizada de la comisión de apertura, su mención independiente en el contrato, de forma individualizada, en relación a otros pactos y condiciones o referidos a otras comisiones (criterio de transparencia tenido en cuenta con especial consideración por el TS en su sentencia de 9-05-2013), agota positivamente la exigencia de transparencia sin necesidad, como declara la sentencia del Alto Tribunal siguiendo las directrices de la del TJUE, de una expresa mención de los diversos y concretos actos desarrollados por el prestamista relativos al servicio que retribuye la comisión.

Pasando al control de contenido, como dijimos, los criterios que por el TJUE se apuntan son dos, comprobar que pueda razonablemente imputarse a los servicios a que se refiere y que sea proporcional.

En cuanto a lo primero, el resultado positivo del control de transparencia, en la forma expuesta de acuerdo con la singularidad normativa de la comisión y su tratamiento separado dentro del contrato, facilita este aspecto del control de contenido, decantándolo, decididamente, hacia una respuesta positiva; y en cuanto al segundo, la proporcionalidad, la única clave que proporciona la STJUE es que ese examen debe realizarse tomando en consideración el importe del préstamo y no el gasto concreto que el servicio que retribuye la comisión haya causado al profesional (lo que es cabal y razonable si se considera que la comisión de apertura retribuye actos inherentes a la propia actividad del profesional, es decir, difusos y de imposible individualización).

En la normativa sectorial no encontramos referencia alguna que establezca un límite en la fijación de la suma correspondiente a la comisión litigiosa y si en otros supuestos, como son en la ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios en su art. 3 en caso de amortización anticipada (un máximo del 0,50 del capital pendiente), en el art. 9 de la Ley de venta de bienes muebles a plazos, 28/1998, para el supuesto de amortización anticipada (una compensación máxima de un 1,50% del capital pendiente o precio en los contratos con interés

variable y de un 3% si es fijo, en el art. 30 de la LCGC 16/2011 en mismo supuesto de amortización anticipada (0,50% y 1%) y en la Ley 5/2019, su art. 23, que para el supuesto de reembolso anticipado establece límites a la compensación, que van de un 0,5 a un 2 en función de si el crédito está sometido a interés fijo o variable y factores temporales.

El T.S. en su sentencia acude al tanto porcentual normalmente aplicado por los profesionales, que oscila entre un 0,25% y un 1,50% del importe del préstamo y esta Audiencia reunida en Junta el 8-06-2023 acordó someter el análisis de proporcionalidad a ese índice, con un límite de 1.000 €.

Ciertamente, este Tribunal desde su sentencia de 16-12-2022 ha venido declarando abusiva la estipulación que dispone el devengo de esa comisión, al entender contrario a la Directiva 93/13 trasladar el gasto que representa al consumidor, pero la declaración del TJUE de que no se opone a la Directiva una doctrina jurisprudencial en sentido contrario explica y justifica nuestro cambio de parecer expuesto en los precedentes razonamientos jurídicos."

En el caso la estipulada no supera el control de contenido y proporcionalidad al exceder del 1,50% del nominal del capital.

TERCERO.- Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Unicaja Banco, S.A. contra la sentencia dictada en fecha catorce de noviembre de dos mil veinticuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara**



la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.

Contra esta resolución cabe recurso de casación, en su caso.

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.

