



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 tutela 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.



Sección: CP

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 00
Fax.: 928 42 97 74
Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000196/2022
NIG: 3501642120210006715
Resolución: Sentencia 000074/2023

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000693/2021-00
Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Las Palmas de
Gran Canaria

Intervención:
Apelado
Apelante

Interviniente:
[REDACTED]
Banco Ibercaja S.a.

Abogado:
Juan Carlos Galvañ Barcelo
Xavier Agustí Jiménez

Procurador:
Silvia Gonzalez Perez
Maria Jesus Gomez Molina

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidenta

D./D^a. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA

D./D^a. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de enero de 2023.

VISTO, ante Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 26 de julio de 2021, seguidos a Instancia de [REDACTED] representados por el Procurador/a D./D^{ña}. SILVIA GONZALEZ PEREZ y dirigidos por el Abogado/a D./D^{ña}. JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO, contra BANCO IBERCAJA S.A. representados por el Procurador/a D./D^{ña}. MARIA JESUS GOMEZ MOLINS y dirigidos por el Abogado/a D./D^{ña}. XAVIER AGUSTÍ JIMÉNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia estimando la demanda y con condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de BANCO IBERCAJA, S.A.

La representación procesal de [REDACTED] formuló escrito de oposición al mismo.



Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 18 de enero de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación

La sentencia de instancia estima la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la de comisión de apertura. Con condena en costas a la entidad demandada.

Interpone recurso de apelación la parte demandada.

La parte actora se opone al recurso y pide la confirmación de la sentencia, que no ha impugnado.

SEGUNDO. Al amparo del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la parte actora solicitó la suspensión del procedimiento a la espera de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolviera la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Ceuta sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos derivados del préstamo hipotecario.

Sobre el alcance del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice el recente, y siguiendo la doctrina expuesta en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª) de 13 de mayo de 2019 (Pta: D. José María Fernández Seljo) cabe señalar lo siguiente:

El artículo 43 de la LEC establece que "cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial".

La redacción del artículo citado no está prevista para un supuesto como el planteado en los presentes autos. El artículo 43 hace referencia a la posible relación entre distintos procedimientos civiles que, estando vinculados, sin embargo, no puede acumularse. Por medio de la prejudicialidad civil se suspende el procedimiento vinculado cuando el resultado de un procedimiento sea imprescindible para la resolución de otro.

La cuestión prejudicial ante el TJUE está amparada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita la cuestión prejudicial para que el juez nacional pueda plantear al TJUE sus dudas sobre la validez de una norma nacional en la que se desarrolla una disposición comunitaria.

El planteamiento de una cuestión prejudicial tiene efecto suspensivo en el procedimiento que se plantea, pero no se reconoce legalmente fuerza expansiva a esa decisión, es decir, el



planteamiento de una cuestión prejudicial por un juzgado no determina, de modo automático, la suspensión de otros procedimientos seguidos en otros juzgados.

Conforme al artículo 267 del Tratado, si un juez tiene dudas sobre el encaje o interpretación de una norma interna en una directiva comunitaria o en la jurisprudencia del TJUE, tiene la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial, esa posibilidad se convierte en obligación en el caso de que el asunto se encuentre en la última instancia.

Por lo tanto, no puede invocarse el artículo 43 de la LEC para una suspensión automática del procedimiento, sino que lo que debe hacer el órgano judicial es plantear cuestión prejudicial si comparte las dudas del juzgado que planteó la cuestión.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha acudido a una aplicación analógica del artículo 43 de la LEC para acordar la suspensión de algunos procedimientos en los que se dirimían cuestiones prejudiciales vinculadas a procedimientos en tramitación ante el propio Tribunal Supremo. Esa decisión debe considerarse excepcional ya que las cuestiones prejudiciales vinculadas a los asuntos del Tribunal Supremo tenían por objeto cuestionarla propia jurisprudencia del Supremo; además, se habían emitido ya las conclusiones del Abogado General y había una previsión exacta de la fecha en la que se dictaría la sentencia por el TJUE.

Ninguna de esas circunstancias se da, de momento, en el supuesto de autos pues no hay conclusiones del Abogado General ni previsión de dictado de la sentencia resolviendo la cuestión en un plazo razonable.

Por otro lado, no se ha agotado la vía jurisdiccional ordinaria en España.

Por lo tanto, no se accede a la suspensión solicitada.

TERCERO. Comisión de apertura o estudio

2.1. La comisión de apertura: no es un elemento esencial del contrato.

1. Sostiene el recurrente que la sentencia no respeta lo declarado en la *sentencia nº 44/2019 de la Sala 1ª*, pues la comisión es parte del precio del contrato, y por ende para poder ser apreciada la abusividad es necesario un previo control de transparencia.

2. La *sentencia nº 44/2019 del Tribunal Supremo* declaró la validez de la cláusula que fijaba una comisión de apertura al entender que era un elemento esencial del contrato, al ser parte del precio pagado, y que como tal no podía ser sometida al control de abusividad si previamente superaba el control de transparencia.

Declaró que la cláusula superaba ese control y era transparente, pues existe una regulación específica de la comisión de apertura que conduce a favorecer su transparencia.

3. Posteriormente matizó esta jurisprudencia la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19*, caso CAIXABANK.

Esta sentencia en el párrafo 62, (acogiendo lo expuesto por anteriores *sentencias, de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16*, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32) reafirma:



"...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."

A su vez, la *sentencia de 16 de julio de 2020*, atribuye al órgano nacional la facultad de determinar cuándo una cláusula es objeto principal del contrato o no lo es. (apartado 63)

4. En atribución de esta facultad, como se ha expuesto, esta Sala de manera ya reiterada ha declarado que la no es un elemento esencial del contrato que fije el precio y retribución.

La razón la anidamos en la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020, en los asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19, caso Profi Credit Polska SA* (apartado 68), que declaró en referencia al contrato de préstamo que las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada.

Ya hemos declarado, en *nuestra sentencia dictada el 29 de abril de 2022 en el rollo nº 510/2021* :

"La Sala no considera que la comisión de apertura sea o deba ser asimilada al precio del contrato. En un préstamo, el precio que paga el prestatario consiste en el abono de intereses, que depende del capital solicitado y el tiempo en que debe devolverlo. La utilización del término comisión por el propio Banco es reveladora de que no se trata de una parte del precio, sino un servicio adicional que, como tal, algunas entidades bancarias deciden cobrar o no a sus clientes. Un servicio de estudio de la concesión del préstamo que es inherente a la propia actividad bancaria (se conceda o denegue la operación) y forma parte de sus gastos generales, no individualizables ni cuantificables en un asunto concreto."

5. Por todo lo expuesto, es correcta la declaración del Juzgado de 1ª Instancia, y la cláusula de comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato, y por ende de conformidad con el art. 4.2 de la *Directiva 93/13* puede ser sometida al control de abusividad sin necesidad de pasar el filtro de la transparencia, por lo que además carece de relevancia la comprensión que de la misma haya podido tener el adherente.

2.2. Abusividad.

1. La *sentencia recurrida* declara la abusividad de la cláusula de comisión de apertura al considerar no hay información suficiente sobre el coste de la comisión de apertura y de su función en el contrato ya que no acredita el recurrente que se haya entregado al actor oferta vinculante o documentación que la sustituya adecuadamente; además añade la *sentencia* que tampoco ha probado que las cantidades cobradas en concepto de comisión de apertura responden de un servicio efectivamente prestado al consumidor, y de los gastos efectivamente realizados por el Banco para otorgar el préstamo.

Por todo ello, la cláusula crea un desequilibrio contractual entre las partes contrario a las exigencias de la buena fe.



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 tutela 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.



2. El recurso de apelación, en cuanto a lo que afecta a la anterior declaración, trata de desvirtuar la nulidad esgrimiendo que la comisión obedece a un servicio sin repercusión del gasto, y además se trata de una actividad inherente.

3. El TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 , caso CAIXABANK, concretamente en los párrafos 78 y 79, a la luz de lo dispuesto en la Ley 2/2009 señala la posibilidad de la abusividad de la cláusula de comisión de apertura al entender que si deriva de servicios efectivamente no prestados o de gastos no habidos colocaría al consumidor en una posición menos ventajosa que el derecho nacional, por lo que le genera un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en los términos entendidos por el propio TJUE.

Ahora bien, puntualiza que es el órgano nacional quien debe valorar que verdaderamente esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido el prestamista.

4. Para esa valoración es necesario una prueba respecto a que esos servicios se deben a una prestación adicional, que beneficie realmente al Cliente y sea diferente del propio préstamo que ya está pagando a través de los intereses.

5. En este caso, no se prueba, pues se limita a afirmar que es un servicio sin repercusión del gasto en el ejercicio de una actividad inherente realizado por la entidad bancaria, pero nada dice en cuanto al beneficio generado al cliente y que quede al margen del propio precio préstamo fijado en los intereses.

Se desestima el recurso en este punto.

CUARTO. Costas

Las costas de la apelación desestimada se imponen a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y de pertinente aplicación, en nombre del Rey

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BANCO IBERCAJA, S.A. confirmando la sentencia de instancia. Con condena a la parte apelante al pago de las costas de la apelación.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.