



Roj: **SAP O 4561/2020 - ECLI:ES:APO:2020:4561**

Id Cendoj: **33044370012020101944**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2020**

Nº de Recurso: **676/2020**

Nº de Resolución: **2081/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL JUAN COVIAN REGALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731 RGL

N.I.G. 33044 42 1 2020 0003118

RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000676 /2020

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000428 /2020

Recurrente: IBERCAJA BANCO, S.A

Procurador: MARIA JESUS GOMEZ MOLINS Abogado: MIGUEL ÁNGEL CUEVAS FERRANDO

Recurrido: Flor , Camilo

Procurador: ALBERTO LLANO PAHÍNO Abogado: NESTOR DOMINGUEZ QUINTIN

S E N T E N C I A 2081/20

Ilmos Magistrados:

D. JOSÉ ANTONIO SOTO-JOVE FERNÁNDEZ

D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

En OVIEDO, a veintidós de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 428/2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 676/2020, en los que aparece como parte apelante, IBERCAJA BANCO, S.A, representado por la Procuradora MARIA JESUS GOMEZ MOLINS, asistida por el Abogado MIGUEL ÁNGEL CUEVAS FERRANDO, y como parte apelada, Flor y Camilo , representado por el Procurador ALBERTO LLANO PAHÍNO, ALBERTO LLANO PAHÍNO, asistidos por el Abogado NESTOR DOMINGUEZ QUINTIN, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

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



SEGUNDO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 de OVIEDO, se dictó sentencia 1182/20 con fecha 06 de octubre de 2020, en el procedimiento ORDINARIO 428/20 del que dimana este recurso, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Alberto Llano Pahino, en la representación que tiene encomendada: 1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula quinta, debiendo la misma ser eliminada de la escritura. 2.- Se condena a la demandada al pago de 802,04 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura 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 que fue admitido; por la parte apelada se formuló escrito de oposición, en los términos que recoge el escrito obrante en autos, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, no habiéndose estimado necesaria la celebración de vista, se señaló la audiencia del día 22 de diciembre de 2020, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

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

VISTOS, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Frente a la sentencia recaída en la instancia, interpone recurso de apelación la entidad demandada, con base en los siguientes motivos: en primer lugar, se alega infracción de la prohibición de "mutatio libelli", al haberse permitido la ampliación de la demanda en la audiencia previa interesando la restitución del 100% de los gastos de gestoría y tasación; en segundo lugar y con carácter subsidiario, se impugnaba la restitución de los gastos de gestoría y de tasación, acordada en su totalidad en la sentencia dictada y que debiera ser del 50% para los primeros y sin derecho a restitución alguna respecto a los segundos.

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

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de recurso, debe rechazarse, en primer lugar, la infracción procesal a que se refiere el primer motivo de oposición.

En efecto y como opone la parte apelada, en el acto de audiencia previa, la demandante, al amparo de lo previsto en el artículo 426 de la LEC y con fundamento en la STJUE de 16 de julio de 2020, solicitó la restitución de la totalidad de los gastos de gestoría y tasación. Pretensión a la que se opuso la parte demandada. Sin embargo, admitida tal solicitud por el juez de instancia al amparo de lo previsto en el artículo 426 de la LEC, la parte demandada ni formuló recurso frente a dicha decisión, ni tampoco protesta, pese a lo que manifiesta en el recurso. De este modo, no se cumple el requisito previsto en el artículo 459 de la LEC para la admisión del motivo, pues no se denunció oportunamente la infracción que ahora se alega, habiendo tenido oportunidad para hacerlo.

Por lo demás, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, no puede desconocerse: ni el especial tratamiento procesal que la materia que nos ocupa conlleva en muchos casos en relación con el principio de efectividad y aplicación directa del derecho de la Unión Europea, ni que no se causa indefensión alguna a la parte demandada, ni finalmente las evidentes razones de economía procesal que subyacen a la petición que se formula.

TERCERO.- En segundo lugar, la parte demandada considera improcedente la condena que se establece en la sentencia de instancia a la restitución de la totalidad de los gastos de gestoría y tasación. Cuestión que se ha planteado recientemente de modo novedoso a esta Sala tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (en particular, párrafos 54 y 55) y sobre la que, en cuanto a los gastos de gestoría, se ha pronunciado recientemente el TS, en sentencia 555/2020, de 26 de octubre.

En concreto señala esta sentencia sobre el particular: *" Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero , entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad"*.

*Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de **Contratos** de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no*



cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva".

Por lo que se refiere a la impugnación de la condena a abonar los gastos de tasación, no cabe desconocer que, en el momento actual, no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los mismos, pero extrapolando el criterio establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia que acabamos de citar sobre los gastos de gestoría y dada la inexistencia de previsión normativa que impusiera al prestatario el abono de los gastos de tasación, es procedente acordar también la íntegra devolución de los mismos, frente al criterio que hasta el momento había mantenido esta Sala de restitución por mitad.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, es también procedente desestimar el recurso interpuesto en este punto.

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

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias dicta el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de IBERCAJA BANCO, S.A., contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 428/2020, 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. 15ª.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 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15ª 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.