

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 01590/2022

C/ COMANDANTE CABALLERO N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO
Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897
Correo electrónico: juzgadoinstancia6.oviedo@asturias.org
Equipo/usuario: MNS
Modelo: N04390
N.I.G.: 33044 42 1 2022 0004039

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000733 /2022

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO
DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N°1590

En Oviedo, a once de octubre de dos mil veintidós

Vistos por D^a [REDACTED] Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario n° 733/22 seguidos a instancia de D^a [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales D^a [REDACTED] y con la asistencia letrada de D. Jorge Álvarez de Linera Prado, frente a la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Carmen Cervero Junquera y con la asistencia letrada de D. [REDACTED] en el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a [REDACTED] en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, en la que tras formular las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyó suplicando que se dictase sentencia por la que se acogiesen los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que contestara, lo que efectivamente verificó en tiempo y forma,

convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada compareció la parte actora no así la demandada a pesar de estar debidamente citada. Abierto el acto de audiencia, la actora se ratificó en la demanda y propuso la prueba que estimó oportuna y que se admitió, quedando los autos vistos para sentencia de conformidad con el art. 429.8 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora una acción de nulidad de la cláusula 4ª, de comisión de apertura, contenida en las escrituras de préstamo hipotecario de 6 de abril de 2004 y 11 de octubre de 2007, alegando, en síntesis, que dichas cláusulas, cuyo contenido fue impuesto por la entidad bancaria demandada sin posibilidad de negociación, son abusivas y, por lo tanto, nulas.

La demandada defendió la validez de las comisiones conforme a la normativa sectorial. Alegó, además, prescripción de la acción restitutoria derivada del préstamo suscrito en el año 2.004.

SEGUNDO.- En materia de prescripción, conviene traer a colación la reciente SAP de Asturias, Sec. 1ª, de 22 de diciembre de 2020 que, en relación con la cuestión aquí analizada señala que "no se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada aquí por la parte apelante en cuanto a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad (expresiva de la misma es, a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, de 22 de noviembre de 2018). Es uniforme la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta. Ahora bien, en cuanto a la acción de reclamación o restitución, concurre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por ser inherente a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, bien desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona, a título de ejemplo), bien quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad (invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2016,

tesis esta última que compartimos), manteniéndose incluso otros criterios minoritarios distintos sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo. La reciente STJUE de 16 de julio 2020 (parágrafos 91 y 92 en particular) contempla la posible la prescripción de la acción de restitución, pero en cuanto al inicio del cómputo del plazo para la misma parece apuntar a que comenzaría a correr cuando se declara la nulidad. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia”.

En consecuencia, resultando aplicable la doctrina expuesta al caso enjuiciado, no procede otra cosa que desestimar la excepción planteada.

TERCERO.- Disponen las cláusulas impugnadas lo siguiente:

- Préstamo de 2004: “Este préstamo devenga una comisión de apertura del 0,40% sobre el capital total del préstamo, (con un mínimo de 240,40 euros) que se liquida y se abona en este acto por la parte prestataria al Banco, mediante cargo que éste hace de su importe en la cuenta corriente abierta a nombre de aquélla” (doc. 2 de la demanda).

- Préstamo de 2007: “este préstamo devenga una comisión de apertura del 0,60% sobre el capital total del préstamo, con un mínimo de 600 euros, que se abona en este acto por la parte prestataria al Banco, mediante cargo que éste hace de su importe en la cuenta corriente abierta a nombre de aquélla” (doc. 3 de la demanda)

Sobre esta materia, la STJUE de 16 de julio de 2020, tras declarar que la comisión de apertura no constituye una prestación esencial del préstamo hipotecario, sostiene que el art. 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.

Por su parte, la SAP de Asturias de 25 de mayo de 2017 que, con cita de SAP de Asturias de 30 de julio de 2015, ambas



de la Sec. 5ª, señala que: " (...) respecto de su legitimidad ya nos pronunciamos en nuestro auto de 14-11-2014 (nº 112/14, Rollo de Apelación 331/14) en el que analizamos la O.M. 12-12-1989, la Circular del BE 8/1990 y la OM 9-5-1994 (vigentes a la fecha de la suscripción del préstamo de autos y hoy sustituidas por la OM 2899/2011 de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238) y la circular 5/2012 de 27 de junio), y decíamos "Por el contrario, la comisión de apertura genera serias dudas sobre su legitimidad y esto porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria.

Efectivamente, encontramos referencia expresa a ella en la Circular 8/1990 de 7 de junio, que desarrolla la Orden Ministerial 12-12-89, en su Norma 3-bis B que establece que se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo, repite su mención la Norma 8.4 C y, lo hace también el Anexo de la orden 5-5-1994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios.

A su vez, la Ley 3/2009, de 31 de marzo, después de reiterar los principios de liberalización y realidad del Servicio o gasto repercutidos en su art. 5.1., en el ordinal 2, al referirse a los préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a como lo hace la precitada circular.

Al decir de la doctrina científica la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, siquiera la limitación cuantitativa establecida tanto en la Circular como en la Ley citada, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito, sugiere que, desde el plano normativo, la tan dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado el nominal como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio (pues al respecto conviene recordar como la normativa sectorial distingue las comisiones de los gastos que, en alguna ocasiones, en los contratos impropriadamente se nombran como comisiones).

Esta referencia explícita de la normativa a "la comisión de apertura" no puede sin embargo soslayar la exigencia legal de que responda a un servicio efectivamente prestado al





cliente bancario, ni menos la protección que al consumidor dispensa la L.G.D.C.U. respecto de la que el art. 1 de la ley 2/2009 declara su preferencia si otorga mayor protección.

Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC (LEG 1889, 27) como en el Código de Comercio (LEG 1885, 21), no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero.

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún más evanescente la identificación del gasto.

Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U. y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

De forma y concluyendo que como sea que la dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos)



se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe de mantenerse su declaración de nulidad".

En consecuencia, descartado que forme parte del precio, en los términos indicados en la STJUE de 16 de julio de 2020, la entidad bancaria no ha justificado que las comisiones repercutidas se correspondan con los gastos que tuvo que soportar por la prestación de un servicio efectivo. Ninguna prueba practicó al respecto. En cualquier caso, el hecho de que las comisiones estén fijadas en un porcentaje sobre el capital, haciendo depender su importe del principal, apunta claramente a que están desvinculadas de la prestación de un servicio concreto, con un coste cierto y determinado

En atención a lo expuesto, procede declarar su nulidad condenando a la demandada a restituir a la actora 240,40 euros por el primer préstamo y 1661,93 por el segundo (doc. 2 y 3 de la demanda), con los intereses legales devengados desde su pago, conforme a lo interesado en el suplico de la demanda, en aplicación de los artículos 1303, 1.100 y 1.108 del Código Civil.

CUARTO.- Estimada la demanda, las costas correrán a cargo de la demandada, de conformidad con el art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a [REDACTED] en nombre y representación de D^a [REDACTED] frente a la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A:**

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 4^a, de comisión de apertura, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 6 de abril de 2004, condenando a la demandada a abonar a la actora 240,40 euros, con los intereses legales devengados desde su pago.

2.- Se declara la nulidad de la cláusula 4^a, de comisión de apertura, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2007, condenando a la demandada a abonar a la actora 1.661,93 euros, con los intereses legales devengados desde su pago.

Con imposición de costas a la demandada.



MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.0733.22 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.