



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 01725/2021

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 2021 0006306

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 [REDACTED] /2021

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. PAULA CIMADEVILLA DUARTE

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° 1725

En Oviedo, a treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos por D.^a **MARTA NAVAS SOLAR**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario n° 1533/21 seguidos a instancia de D.^a [REDACTED] [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Paula Cimadevilla y con la asistencia letrada de D. Jorge Álvarez de Linera, frente a la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a [REDACTED] y con la asistencia letrada de D.^a [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 Paula Cimadevilla, 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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MARTA NAVAS SOLAR
30/09/2021 11:30
Minerva

Firmado por: ELENA MENENDEZ
VALDES
30/09/2021 11:58
Minerva



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que contestara, lo que verificó en tiempo y forma, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.

TERCERO.- Abierto el acto de audiencia, las partes se ratificaron en sus escritos y propusieron la prueba que estimaron 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 la escritura de préstamo hipotecario de 28 de septiembre de 2004, alegando, en síntesis, que dicha cláusula, cuyo contenido fue impuesto por la entidad bancaria demandada sin posibilidad de negociación, es abusiva y, por lo tanto, nula.

La demandada defiende la validez de la comisión conforme a la normativa sectorial. Alega, además, prescripción de la acción restitutoria.

SEGUNDO.- La excepción se desestima.

A este respecto conviene traer a colación la reciente STJUE de 16 de julio de 2020 que concluye que el art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución. Y, en lo referente a este último matiz, la fundamentación jurídica de la resolución señala expresamente que la aplicación de un plazo de prescripción que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato - con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula - puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor, y, por lo tanto, vulnerar el principio de





efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

Partiendo de lo expuesto, y habiendo fijado la entidad, como dies a quo para el cómputo del plazo, la fecha de pago de la comisión, que coincide con la de celebración del contrato, no procede otra cosa que desestimar la excepción en aplicación de la doctrina expuesta.

TERCERO.- Dispone la cláusula 4ª lo siguiente: "4.1. Comisión de apertura.- Este préstamo devenga una comisión de apertura del UNO, COMA, CINCUENTA POR CIENTO sobre el capital total del préstamo, (con un mínimo de CERO 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).

Sobre esta materia es conveniente traer a colación la reciente STJUE de 16 de julio de 2020 que 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 14-11-2.014 (nº 112/14, Rollo de Apelación 331/14) en el que analizamos la O.M. 12-12-1.989, la Circular del BE 8/1990 y la OM 9-5-1.994 (vigentes a la fecha de la suscripción del préstamo de autos y hoy sustituidas por la OM 2899/2.011 de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238) y la circular 5/2.012 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 8/1.990 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 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios.

A su vez, la Ley 3/2.009, 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 impropiaemente 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 2/2.009 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 mas 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 9-05-2.013 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 la comisión repercutida se corresponda 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 la comisión esté fijada en un porcentaje sobre el capital, haciendo depender su importe del principal, apunta claramente a que está desvinculada de la prestación de un servicio concreto, con un coste cierto y determinado

En atención a lo expuesto, procede declarar la nulidad de la comisión condenando a la demandada a restituir 3.167,07 euros (1,50% sobre 211.138,29 euros - doc. 2 de la demanda), con los intereses legales devengados desde su pago, de





conformidad con lo establecido en los artículos 1303, 1.100 y 1.108 del Código Civil.

CUARTO.- Estimada la demanda, las costas correrán a cargo de la parte 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 Paula Cimadevilla, en nombre y representación de D.^a [REDACTED] [REDACTED] [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 pública de préstamo con garantía hipotecaria de 28 de septiembre de 2004

2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora 3167,07 euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de 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.[REDACTED].[REDACTED] 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.

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.

