



Roj: **SAP GI 491/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:491**

Id Cendoj: **17079370012019100310**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2019**

Nº de Recurso: **1274/2018**

Nº de Resolución: **329/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188034513

Recurso de apelación 1274/2018 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 451/2018

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador/a: Ana Maravillas Campos Perez-Manglano

Abogado/a: PATRICIA NAVARRO MONTES

Parte recurrida: Belen

Procurador/a: Javier Fraile Mena

Abogado/a: NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE

SENTENCIA N° 329/2019

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo

Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 2 de mayo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 7 de diciembre de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 451/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Ana Maravillas Campos Perez-Manglano, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de fecha 25/09/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador Javier Fraile Mena, en nombre y representación de Belen .



Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por doña Belen contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., y por lo tanto,

DECLARO la nulidad de la cláusula 4.1, de comisión de apertura inserta en el contrato de préstamo de 6 de noviembre de 1998 suscrito entre las partes y su eliminación

DECLARO la nulidad de la cláusula 5, de gastos, inserta en el contrato de préstamo de 6 de noviembre de 1998 suscrito entre las partes y su eliminación

CONDENO a la entidad demandada a satisfacer **1.081,82 euros** en concepto de cantidad recibida indebidamente por comisión de apertura, más intereses legales calculados desde la fecha del cobro de la misma.

CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de **367,39 euros** más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fechas de pago de cada uno de los importes objeto de condena.

No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes. Cada una pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 24/04/2019.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia, en cuanto no contradigan los de esta resolución.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por EL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Girona de 25 de septiembre del 2.018, en la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por DÑA. Belen contra dicha parte recurrente.

En dicha demanda se solicitaba la nulidad de la cláusula 4ª, primero relativa a la comisión de apertura y la cláusula 5ª de gastos del contrato de préstamo hipotecario suscrito el 6 de noviembre de 1998.

La sentencia estimó parcialmente la demanda sin imposición de costas a ninguna de las partes.

El recurso impugna únicamente el pronunciamiento relativo a la declaración de nulidad de la comisión de apertura y la obligación de pagar intereses de las cantidades objeto de devolución.

TERCERO.- Sobre la comisión de apertura.

El recurrente sostiene la validez de la cláusula de comisión de apertura, argumentando, en síntesis, que tal pacto está amparado legalmente, forma parte del precio o retribución del préstamo, por lo que no es dable apreciar su abusividad y cumple el doble control de transparencia.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la validez de dicha cláusula en la sentencia 44/2019 de 23 de enero en los siguientes términos:

" **TERCERO.- Decisión del tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia**

1.- Para resolver la cuestión planteada en estos motivos del recurso, es preciso exponer los principales argumentos en los que la sentencia de la Audiencia Provincial funda la declaración de que la cláusula que establece la comisión de apertura es abusiva. Son argumentos que, en lo sustancial, se contienen en la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que consideran abusiva esta cláusula y su contradicción con la línea mantenida por otras Audiencias Provinciales justifica el interés casacional del recurso.

2.- La Audiencia Provincial, en su sentencia, examinó la normativa que regula la transparencia bancaria en las operaciones con los clientes y concluyó que "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión [de apertura] y de la posibilidad de repercutir [en los clientes] dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten". Tras lo cual, afirmó que las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha

comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial añade que, aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso.

Para la Audiencia, la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios "en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan solo regula su transparencia y límites".

4.- Concluye la Audiencia Provincial con esta afirmación:

"En definitiva, dado que la referida comisión de apertura 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 préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad".

5.- Expuestos los razonamientos de la sentencia recurrida, procede examinar la normativa sectorial aplicable.

La regulación de la comisión de apertura en la normativa sobre transparencia bancaria estaba contenida, en el momento en que el contrato de préstamo fue concertado (13 de diciembre de 2005), en las normas que a continuación se exponen.

6.- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, establecía en su art. 5:

"Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

"No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

"En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

7.- La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificó lo dispuesto en anteriores circulares del Banco de España para adaptarse a lo previsto en la citada orden. En la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, el apartado 1-bis-b de la norma tercera estableció:

"En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [...], la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo".

La Circular 8/1990 regulaba también cómo debía calcularse la tasa anual equivalente (TAE) y se establecía:

"En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo".

Una previsión similar se incluyó posteriormente en la Circular 5/2012, de 27 de junio.

8.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II, estableció la siguiente regulación sobre las comisiones:

"4. Comisiones.



" 1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará <comisión de apertura> y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

" 2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la <comisión de apertura>, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

" c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo".

9.- Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos.

No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

"En el apartado "Otros componentes de la TAE" se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales".

13.- La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión" de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son



de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15.- El hecho de que esas actuaciones iniciales sean "inherentes" a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16.- No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones "inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito". Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.o, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones "inherentes al negocio bancario" que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

17.- En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que "la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio".

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, "que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo") y "las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos" (respecto de las que exige que "deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo"). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

Por tanto, el principio de "realidad del servicio remunerado" no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

18.- Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.

19.- No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.



20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es "proporcionado" al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el "equilibrio prestacional" por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida.

22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la "comisión de riesgo" objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. 23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo.

24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

El demandante en su demanda se limitó a sostener la abusividad de la comisión de apertura con cita de diversas sentencias de Audiencias Provinciales. En ningún pasaje de su demanda cuestiona la cláusula por no ser transparente, es decir, por una defectuosa inclusión en el contrato y por falta de información de sus características y trascendencia jurídica y económica.

Si como hemos visto, el Tribunal Supremo considera que se trata de una condición que afecta al precio o retribución, por lo que no puede hacerse un control de abusividad y sólo de transparencia, para lo cual sería necesario que se impugnara la cláusula por este motivo, debe ser estimado el motivo y revocarse la sentencia de instancia en cuanto a este extremo, al contradecir la jurisprudencia citada.

CUARTO.- Sobre el pago de intereses.

Se impugna también la sentencia por indebida condena al pago de intereses basándose en que no es de aplicación el artículo 1303 del CC que sólo se aplica a la anulabilidad por vicios en el consentimiento, no estando previsto para la nulidad, por lo que debe aplicarse las normas relacionadas con la responsabilidad extracontractual o contractual. Además, sólo sería procedente el pago de intereses desde la reclamación judicial o extrajudicial, conforme diversa jurisprudencia que se cita en el recurso.

Aunque la entidad demandada no recibió los gastos que son objeto de reclamación y condena, son cantidades pagadas por el demandante de forma indebida, pago que le correspondía a dicha entidad.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en la reciente sentencia de 19 de diciembre del 2018 en el sentido de que La Sala considera que la situación planteada es asimilable a la del enriquecimiento injusto pues la entidad bancaria se ha lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente habría tenido que asumir. Dicha figura obliga al que ha obtenido una ventaja a entregar una cantidad de dinero al que se ha empobrecido.

Y sigue diciendo que también presenta similitudes analógicas con el pago de lo indebido en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente



dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía, debiendo compensarse al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, el Supremo establece que resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido-.

QUINTO.- Por todo lo dicho, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3 DE GIRONA, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 451/2018, con fecha 25/09/2018

REVOCAR PARCIALMENTE la misma en el sentido de desestimar la demanda en la que solicitaba la nulidad de la cláusula 4ª, primer párrafo, relativa a la comisión de apertura del contrato de préstamo hipotecario suscrito el 6 de noviembre de 1998, que se declara válida. Y se deja sin efecto la condena a reintegrar la cantidad de 1.081,82 euros.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada. Devuélvase el depósito constituido.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados:** D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.