



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6
OVIEDO**

SENTENCIA: 01341/2021

C/ COMANDANTE CABALLERO N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO
Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897
Correo electrónico: juzgadoinstancia6.oviedo@asturias.org

Equipo/usuario: ALA
Modelo: N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2021 0004449

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001084 /2021

Procedimiento origen: /

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

D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZALEZ, RAMON BLANCO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

DEMANDADO D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 1341

En Oviedo, a trece de Julio de dos mil veintiuno.

Vistos por D. ANTONIO LORENZO ALVAREZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo y su Partido Judicial, los autos del Juicio ordinario NUM 1084/21, promovidos por el Procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de D. [REDACTED] Y [REDACTED] asistidos del Letrado D. Jorge Álvarez de Linera Prado, contra la entidad "Bankia", representada por el Procurador D. [REDACTED] y defendida por el Letrado D. [REDACTED] Hermano, en el ejercicio de la acción de nulidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco, en la representación anteriormente indicada, se interpuso demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, sobre la base de los hechos que plasmó en el escrito iniciador del presente procedimiento, que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, para a continuación, tras alegar los fundamentos de derecho que consideró oportunos,



Firmado por: ANTONIO LORENZO
ALVAREZ
13/07/2021 10:46
Minerva

Firmado por: PALOMA MIRANDA SIRGO
13/07/2021 10:48
Minerva



terminar suplicando que se dictase una sentencia por la que se condenase a la entidad demandada en los términos que son de ver en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto, se admitió a trámite la demanda presentada, de la que se dio traslado a la parte demandada para que contestara a la misma, trámite que efectuó en la forma y manera que es de ver, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, se celebró la audiencia previa a la que acudieron ambas partes con poder suficiente para actuar en la misma, ratificándose ambas en sus escritos principales, una vez que no hubo acuerdo entre las mismas, fijándose a continuación los hechos controvertidos e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Como medios de prueba las partes propusieron los que estimaron oportunos en defensa de sus intereses, admitiendo SS^a las que estimó pertinentes y útiles, y teniendo en cuenta que únicamente fue la documental, de conformidad con lo previsto en el art. 429.8 de la LEC, los autos quedaron vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, la acción de nulidad por abusiva de la cláusula cuarta.1, relativa a la comisión de apertura, inserta en la escritura reseñada en la demanda y ello, por ser una cláusula completamente abusiva de conformidad con lo previsto en los artículos 80.1 y sig del TRLGDCU, así como el resto de la normativa alegada en la demanda, interesando las condenas que son de ver en el suplico de la misma.

Frente a tales pretensiones, se alza la entidad demandada, alegando como excepción la prescripción de las acciones. Y en cuanto al fondo, mantiene la validez de la cláusula litigiosa.

SEGUNDO.- Planteado el objeto de debate en los términos antes indicados, y en lo relativo a la prescripción de las acciones, se debe incidir en lo siguiente: para resolver tal interrogante, debemos partir de la existencia de dos corrientes jurisprudenciales al respecto. La primera, la que mantiene que en modo alguno se puede entender aplicables los plazos indicados por la demandada ni a las acciones de nulidad ejercitadas, ni a sus consecuencias legales nacidas de lo previsto en el art. 1303 del C.c. Y la segunda, la que estima





que si bien efectivamente las acciones de nulidad no están sometidas a plazo alguno de ejercicio, por tratarse de acciones de nulidad absoluta y no de mera anulabilidad, las acciones resarcitorias ejercitadas de forma acumulada a las mismas, sí prescriben por haber transcurrido el plazo antes citado.

Como ejemplo de la primera de las corrientes se puede citar, entre otras, a la sección primera de nuestra Audiencia Provincial, y a modo de resumen, podemos citar, la sentencia dictada el 8 de Mayo del 2019, donde sobre la citada controversia, se viene a indicar lo siguiente:

<<Así delimitado el objeto de recurso, con carácter previo, debe rechazarse la prescripción que se alega respecto a la acción de reclamación de cantidad y, asimismo, la imposibilidad de declarar la nulidad por haber sido cancelado el préstamo al tiempo de interposición de la demanda.

Este tribunal no comparte el planteamiento que hace la parte recurrente, es decir la entidad bancaria, pues, tratándose de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, como es el caso de las cláusulas abusivas, su característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción, sin que su falta de ejercicio suponga una confirmación tácita, pues la naturaleza de la nulidad de pleno derecho es perpetua, insubsanable e imprescriptible, siendo los actos nulos de pleno derecho inexistentes e ineficaces, por lo que no cabe su convalidación, ni siquiera mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos o del retraso desleal.

En este sentido se expresa de modo uniforme nuestra Audiencia, pudiendo citarse, a título de ejemplo, de la sección 4ª, la sentencia de fecha 26 de octubre de 2.018, o, de la sección 5ª, las sentencias de fecha 17 de mayo o 20 de junio de 2.018.

Es decir, en nuestra Audiencia Provincial, todas y cada una de las secciones mantienen hasta la fecha, una posición unánime, sin ninguna fisura al respecto y consideran que ni las acciones de nulidad ni las consecuencias legales nacidas de esa declaración de nulidad, están sometidas a plazo alguno ni de caducidad, ni de prescripción.

Más recientemente, la sección primera en sus sentencias de 23 de Febrero y 9 de Marzo del presente año vuelve a incidir sobre el particular indicando que <<Esta Sala ya ha rechazado la misma alegación en las sentencias, entre otras, de 29 de enero y 22 de noviembre de 2018 en los siguientes términos: "El criterio de esta Audiencia es opuesto al que expone la resolución reseñada, pues en sentencia de esta misma Sección de 24-11-2016, se dice: "Cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el





artículo 1301 del Código Civil se refiere a la acción de nulidad fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.015, en cuanto a su posible caducidad señalando lo siguiente: "La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 LCGC señala que las acciones de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya que la declaración de nulidad, según los arts. 9 y 10 de la LCGC es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil". En esta dirección, si se tiene en cuenta que la acción ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, el que el préstamo hipotecario estuviese ya cancelado dos años antes de presentarse la demanda no puede ser obstáculo de clase alguna para ejercitar dicha acción y sus consecuencias patrimoniales, es decir el reintegro de las cantidades indebidamente exigidas y cobradas por la entidad demandada. Como ejemplo, puede señalarse la sentencia del TS de 29 de abril de 1.997".

El art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.» En el derecho interno el art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se concreta que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Y el art. 8.2 de la LCGC establece que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este sentido, el TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (en los asuntos acumulados C.54/15, C-307/15 y C-308/15) ha señalado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede





considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Y de ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes, pues la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Y si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

En consecuencia, aunque el TJUE admite la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para accionar como compatible con el Derecho de la Unión en interés de la seguridad jurídica, reconducida la abusividad a la nulidad de pleno derecho en nuestro ordenamiento interno, una interpretación tal que sujetara la restitución de las cantidades pagadas en virtud de la cláusula abusiva al plazo prescriptivo general sería contraria a la Directiva, pues, como señala la STS de 16 de octubre de 2017, "se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (artículo 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea".

Por el contrario, existen en el territorio nacional otra serie de Audiencias Provinciales, contrarias a la tesis Asturiana debiendo citarse a modo de ejemplo las siguientes:





En primer lugar, la sección decimoquinta de la AP Barcelona, donde en su sentencia de 9 de Diciembre del año 2019, mantuvo lo siguiente:

<<Esta sala ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión que plantea el recurso, cuestión que aceptamos que es polémica en la jurisprudencia menor y sobre la cual no se ha pronunciado hasta la fecha de forma clara el Tribunal Supremo. En nuestra Sentencia de 16 de enero de 2019, con cita de otras anteriores establecemos cuál es nuestra posición que reproducimos a continuación:

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8). Ello no obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa. Hasta aquí coincide con nuestro posicionamiento.

Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido, cuestión que suscita serias dudas de derecho. Ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos ex tunc (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad.

Sin embargo toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo>>.





Por lo que se refiere a la jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales que secundan tal posición, nos encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018, que distingue entre la acción declarativa de nulidad (imprescriptible) y la acción de condena a la restitución, sujeta al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil, (en su redacción anterior a la Reforma efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), a contar desde el momento en que realizaron los pagos indebidos.

En la misma línea se pronuncian otras Audiencias Provinciales tales como la de Ávila, o Zaragoza, donde en su sentencia de 24 de mayo del 2018, rechazó las pretensiones de la parte demandante bajo el argumento siguiente: <<la Ley de Condiciones Generales de la Contratación nada dice al respecto acerca de la prescripción de las acciones. Y en ese contexto es en el que nos movemos. Por lo que habrá de acudirse a la regla general, es decir, a los 15 años del art. 1964 del C.c. Actualmente 5 años.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 19 de Julio del 2018, viene a indicar que <<no nos parece razonable y estimamos contrario a la regla general de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaria o registro, no estén sujetos a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017.

Pero continuando con la polémica, de seguirse la segunda de las posiciones, el interrogante que se plantea es el relativo al <<dies ad quo>>, que se debe tener en cuenta para computar el plazo de prescripción:

Al respecto y siguiendo precisamente con la tesis mantenida por las Audiencias que ven el ejercicio de dos acciones, éstas mantienen que:

<<comoquiera que ni en la Directiva 93/13/CEE, ni en nuestras normas tuitivas de protección de consumidores y usuarios, actualmente RDL 1/2007, existe una disposición específica que fije un plazo propio de prescripción para la restitución de lo ejecutado al amparo de la cláusula nula, debe aplicarse el plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964.2 CC, si bien tal artículo fue modificado por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, reduciendo el plazo de prescripción de tales acciones de quince a cinco años.





Si bien parece que el plazo de cinco años es el mayoritario, lo discutido verdaderamente es el día del comienzo del mismo, es decir <<el dies ad quo>>, dado que mientras las Audiencias de Barcelona; Valencia; Ávila y La Coruña indican que desde la fecha del pago, lo que es absolutamente restrictivo, otras, como la de Asturias, en consonancia con el Juzgador, mantenemos que en todo caso sería desde la sentencia que declarase la nulidad de la cláusula, invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016.

Y precisamente sobre éste particular, recientemente el TJUE, concretamente el pasado 22 de Abril, con ocasión del asunto C-485/19, da respuesta a la cuestión que plantea el Tribunal Regional de Prešov, Eslovaquia, en el procedimiento entre LH y Profi Credit Slovakia s.r.o. y concluye que la prescripción no es, en sí misma, contraria al principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos, en particular, por la Directiva 93/13 y por la Directiva 2008/48. La protección del consumidor no es absoluta y la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Sociétés Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartado 56, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 82 y jurisprudencia citada).

En segundo lugar, respecto a la duración prevista para el plazo de prescripción examinado, que es, en este caso, de tres años, el Tribunal de Justicia ha declarado que, siempre que ese lapso de tiempo se establezca y se conozca con antelación, un plazo de esa duración parece, en principio, suficiente para permitir al consumidor interesado preparar e interponer un recurso efectivo, de modo que esa duración, en sí misma, no es incompatible con el principio de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Sociétés Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartados 62 y 64, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 87 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, por lo que respecta, en tercer lugar, al momento de inicio del cómputo fijado para el plazo de prescripción examinado, en circunstancias como las del litigio principal existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le confiere el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2020, OPR-Finance, C-679/18, EU:C:2020:167, apartado 22 y jurisprudencia citada), lo cual le impediría hacer valer sus derechos. Situación que ocurre cuando la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no pueda apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión.





Es decir, el TJUE acepta la posibilidad de que la institución de la prescripción se de en supuestos como el analizado, pero impide que el computo del plazo se haga desde el pago o desde la formalización del contrato, echando por tierra los argumentos antes dados en relación a las Audiencias Provinciales que mantienen la segunda de las tesis, debiendo estarse en tal caso al momento en el que el consumidor adquirió conocimiento de la nulidad o de los efectos de la misma, lo que nos traslada al momento del dictado de la presente sentencia o al 27 de Enero del 2021, momento en el que el Pleno del TS de forma definitiva se pronunció sobre la distribución del pago de los gastos nacidos como consecuencia del otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario.

En consecuencia, bien porque nos encontremos ante una sola acción, bien porque consideremos que son dos acciones, y que sobre la segunda, se pueda dar la institución de la prescripción, el plazo de los cinco años se debe comenzar a computar desde el dictado de la presente sentencia o en su defecto desde el pasado 27 de Enero, lo que conlleva la desestimación de la excepción al no haber transcurrido el citado plazo.

TERCERO.- Resuelta la excepción, la parte actora insta la nulidad de la cláusula 4.1, relativa a la comisión de apertura. Al respecto, nuestra Audiencia Provincial de Asturias, concretamente la sección quinta en su sentencia de 25 de Mayo del año 2017, ya se ha pronunciado indicando que <<Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 30 de julio de 2.015, citada por la parte apelante en su escrito de apelación, en la que declaramos: "La siguiente cláusula sometida a revisión es la comisión de apertura estipulada en la condición 4ª. Desde luego, en absoluto se ha acreditado que hubiese sido negociada, y 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 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 2/2.009 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 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 9-05-2.013 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>>, criterio jurisprudencial que es acogido por el Juzgador, máxime cuando la reciente sentencia del TJUE de 16 de Julio pasado, se pronuncia en iguales términos a los citados, es decir, la citada comisión debe responder a unos trabajos/servicios efectivamente prestados cuando indica que <<"El artículo 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 remitente">>.

En el presente caso, la entidad demandada aporta con su contestación a la demanda, una serie de documentos tales como un folleto de admisión de riesgo y un informe pericial, insuficientes para acreditar los extremos antes aludidos, dado que ni en el folleto aportado por la demandada, ni mucho menos en el informe pericial, constan expresamente recogidos los trabajos que supuestamente se llevaron a cabo en el contrato litigioso y los gastos generados a la entidad como consecuencia de los mismos, no pudiendo acudirse a "generalidades" como las contenidas en el folleto, para justificar el cobro concreto de una cantidad que nace, repito, por la realización de unos servicios cuya demostración ha quedado huérfana de prueba, de ahí que siguiendo los postulados contenidos en las sentencias de 29 de Enero; 16 de





Febrero y 19 de Mayo del 2021 dictadas por la sección primera de nuestra Audiencia Provincial, se acoge la nulidad de la cláusula condenando a la demandada al pago de 1800 euros, - cantidad cuyo pago se reconoce en el propio tenor literal de la cláusula - más los intereses legales desde la fecha de pago y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales, al haberse estimado la demanda, las mismas se imponen a la entidad demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como la jurisprudencia reseñada.

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Ramón Blanco González, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula cuarta.1, relativa a la comisión de apertura, inserta en la escritura objeto de la litis, debiendo ser eliminada.

2.- Se condena a la demandada al pago de 1800 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas se imponen a la entidad 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 3277.0000.04.1084.21 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.



