

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 00035/2022

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002275 /2021

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO
DEMANDADO D/ña. UNICAJA BANCO SA
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 35

En Oviedo, a 11 de enero de 2.022

Vistos por D.^a , Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario n° 2275/21 seguidos a instancia de D.^a , representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a y con la asistencia letrada de D.^a Azucena Natalia Rodríguez, frente a la entidad **UNICAJA BANCO, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a y con la asistencia letrada de D.^a , 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 , 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 verificó en tiempo y forma, convocándose

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

TERCERO.- Abierto el acto de audiencia, la actora se ratificó en la demanda. La demandada, tras allanarse a la declaración de nulidad de la cláusula reguladora de los gastos, se ratificó en la contestación. A continuación, 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, y de la 5ª, en materia de gastos, contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 15 de enero 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 se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula 5ª con los efectos previstos en el art. 21 de la LEC. Defendió la validez de la comisión conforme a la normativa sectorial. Opuso prescripción respecto de la acción restitutoria.

SEGUNDO.- La excepción se desestima.

A este respecto 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 2.018). 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 2.016, 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 desestima la excepción planteada.

TERCERO.- Dispone la cláusula 4ª lo siguiente: "A) Comisión de apertura: La presente operación de préstamo devenga por una sola vez una comisión de apertura de 0,50%, pagadera por la parte prestataria en este acto, mediante el cargo de su importe en la cuenta señalada en la estipulación séptima." (doc. 1 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 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".

En consecuencia, descartado que la comisión 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.

Por lo expuesto, procede declarar la nulidad de la comisión condenando a la demandada a devolver a la actora 810 euros (0,50% sobre 162.000 euros - doc.1 de la demanda).

CUARTO.- En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula reguladora de los gastos interesa la parte actora la restitución de 229,97 euros por gastos de notaría, 148,48 por Registro de la Propiedad, 174 por gestoría y 284,64 por tasación (doc. 2 a 5 de la demanda), petición que se ajusta al criterio de distribución establecido por STS de 26 de octubre de 2020 y 27 de enero de 2021, en consonancia con STJUE de 16 de julio de 2020.

Llegados a este punto, acreditados los conceptos y cuantías reclamadas a través de la documental obrante en autos, procede estimar la pretensión de la parte actora condenando a la demandada a su restitución.

QUINTO.- Ante el acogimiento de las pretensiones de la parte actora en lo que se refiere a la declaración de nulidad y la consiguiente obligación de la demandada de abonar las cantidades reclamadas, en los términos anteriormente indicados, habrá de venir a reconocérsele por virtud de lo establecido en los artículos 1303, 1.100, 1.108 y 1.109 del Código Civil, el derecho a percibir el interés legal devengado desde la fecha de los respectivos pagos.

SEXTO.- 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 , en nombre y representación de D.^a , frente a la entidad **UNICAJA BANCO, S.A.:**

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 4^a, de comisión de apertura, y 5^a, de reguladora de los gastos, contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 15 de enero de 2007

2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora 810 euros en concepto de comisión de apertura, 229,97 euros por gastos de notaría, 148,48 por Registro de la Propiedad, 174 por gestoría y 284,64 por tasación, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago.

Con imposición de costas a la demanda.

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 aquella.

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.).

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