

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Abogado:
Francisco De Borja Virgos De
Santisteban

Procurador:

Demandado

BANCO BILBAO VIZCAYA
ARGENTARIA SA

SENTENCIA

En San Cristóbal de La Laguna a veinticinco de enero de dos mil veintitrés.

Vistos por la **ILMA. SRA. DÑA.**

Magistrado Juez

del Juzgado de Primera Instancia **Nº 1 DE LA LAGUNA** y su partido, antiguo Juzgado mixto nº 1, en comisión de servicios, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO N.º 2997 DE 2021** seguidos a instancias de el/la Procurado/a **DÑA.**

representación de **DÑA.**

en nombre y
asistida del Letrado **D.**

FRANCISCO DE BORJA VIRGÓS DE SANTIESTEBAN contra **BBVA** representada por la Procuradora **DÑA.**

y asistida por el Letrado **D.**

, sobre nulidad de condiciones generales de contratación.

En nombre de S.M. el Rey ha pronunciado la siguiente resolución en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora Dña. , en nombre y representación acreditada en el encabezamiento se presentó escrito de demanda en el cual después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la súplica que se dictase sentencia según los pedimentos obrados, esto es, se declare la nulidad de la cláusula de apertura de la escritura de fecha 23 de abril de 2007, debiendo la demandada abonar el importe de 992,40 euros, así como sus intereses legales desde el momento de su abono y nulidad de la cláusula suelo y las costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha de 28 de enero de 2022, se

dio traslado a la demandada para que contestara en el plazo de 20 días hábiles computados desde el siguiente al emplazamiento, la cual contestó en tiempo y forma, allanándose a la cláusula suelo, por lo que se dictó auto en fecha de 28 de marzo de 2022 declarando la nulidad de la misma.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 11 de enero de 2023, se convoca a las partes a la celebración de la audiencia previa señalándose a tal efecto el día 19 de enero del presente, llegado el día, la parte actora ratificó su demanda y la demandada su contestación y dado que las partes no llegaron a un acuerdo, se solicitó el recibimiento de pleito a prueba; abierto el período probatorio, las partes interesaron prueba documental, admitida la misma, quedaron los autos vistos para sentencia sin más trámites.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los presentes autos ejercita la actora, acción para declarar la nulidad de cláusulas abusivas, puesto que las partes, concertaron escritura de préstamo hipotecario de fecha de 23 de abril de 2002, en la cual se impuso la comisión de apertura, siendo así que el actor es un consumidor. Frente a ello la demandada contesta oponiéndose a las pretensiones de la actora.

SEGUNDO.- Acerca de la comisión de apertura, 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 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

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 el presente caso, la entidad bancaria no ha justificado que la comisión repercutida al consumidor se corresponda con los gastos que tuvo que soportar la entidad por la prestación de un servicio efectivo. En efecto, aunque la parte demandada trata de justificar el devengo de la comisión en el estudio de la operación, no se ha justificado ni la emisión de informe de riesgo ni que la emisión de dicho informe, en el caso de existir supusiera para la entidad un coste adicional y efectivo ya que se trata de un documento emitido por personas vinculadas a la propia entidad bancaria.

No se acredita, ni consta que se pidiera información a terceras personas o entidades ni que se realizara ninguna otra gestión que implicara un gasto para la demandada por lo que no está

justificado imponer a los consumidores una comisión de apertura cuando ni siquiera el propio texto de la cláusula vincula el devengo de la misma a la prestación de un servicio o gasto concreto que los consumidores pudieran conocer en el momento de la contratación, por lo que deberá devolver al actor la cuantía de 992,40 euros y los intereses legales desde el momento de su abono.

TERCERO.- Por lo que a las costas se refiere procede al amparo del artículo 394 LEC al estimarse la demanda, la condena en costas a la demandada vencida en esta primera instancia, pues las pretensiones han sido estimadas.

Vistos los preceptos aplicados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el/la Procurado/a **DÑA.**

en nombre y representación de **DÑA.**

asistida del

Letrado **D. FRANCISCO DE BORJA VIRGÓS DE SANTIESTEBAN** contra **BBVA**

representada por la Procuradora **DÑA.**

y asistida por el

Letrado **D.**

, sobre nulidad de condiciones generales de

contratación y en su consecuencia debo declarar la nulidad de la cláusula de apertura del contrato de préstamo hipotecario de fecha 23 de abril de 2002, que se tengan por no puestas y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de las mismas y condena a la demandada al abono de la cuantía de 992,40 euros , así como sus intereses legales desde la fecha del abono. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la demandada en esta primera instancia.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO JUEZ