

## SENTENCIA

En Oviedo, a quince de octubre de dos mil veinte.

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 12/20, promovidos por el Procurador D. [REDACTED], en nombre y representación de D. [REDACTED], asistido del Letrado D. Ignacio García García, contra la entidad "Liberbank", representada por la Procuradora Doña [REDACTED], defendida por la Letrada Doña [REDACTED], 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. [REDACTED] 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, 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<sup>a</sup> 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, con carácter principal, la acción de nulidad por abusiva de la cláusula quinta, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado entre las partes, que imputaba a la parte prestataria el abono de todos los gastos que aparecen reflejados en la misma, interesando la condena al pago de 319,82 euros correspondientes a los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura. Posteriormente, la parte actora amplió su demanda, solicitando la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura y reclamando la totalidad de la factura relativa a la tasación y la otra mitad de la factura de la gestoría.

Frente a tales pretensiones, se alza la entidad demandada, alegando que la nulidad relativa a los gastos, ya fue reconocida extrajudicialmente, de ahí que exista una carencia de objeto sobre el particular, allanándose a la reclamación de los 319,82 euros, oponiéndose a la ampliación de la demanda llevada a cabo por la actora.

SEGUNDO.- Planteado el objeto de debate en los términos antes indicados, resulta irrelevante el hecho de que la entidad demandada haya reconocido extrajudicialmente la nulidad de la cláusula gastos, dado que tratándose de una condición general de la contratación, debe ser el Juzgador el que haga tal declaración. Y precisamente, atendiendo a su contenido literal, que imputa la totalidad de los gastos a la parte actora, la misma debe ser declarada nula por abusiva y desproporcionada en consonancia con lo establecido por el Pleno del TS en sus sentencias de 19 de enero del 2019.

En cuanto a sus consecuencias, teniendo en cuenta la reciente sentencia del TJUE de 16 de Julio del presente año, al no haber disposición interna que especifique qué parte contractual debe correr con el pago de los gastos de tasación y gestoría, las

cantidades reclamadas en la ampliación de la demanda, deben ser acogidas, dado que ante esa falta de normativa, debe ser la entidad quien abono los citados gastos.

El segundo interrogante a enjuiciar versa sobre el contenido de la cláusula 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>>. Por tanto, no habiendo acreditado la demandada tales servicios, se declara su nulidad, condenando a la demandada al pago de 200 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.

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

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. ( ), en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas cuarta y quinta, relativas a la comisión de apertura y gastos, debiendo ser eliminadas.

2.- Se condena a la entidad demandada al pago de 200 euros, relativos a la cláusula cuarta, más los intereses legales desde la fecha de cobro y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

3.- Se condena a la demandada al pago de 296,16 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura - tasación y gestoría - y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

4.- Se condena a la demandada al pago de 319,82 euros, más los intereses legales desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

5.- Las costas se imponen a la entidad demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde su notificación, ante éste Juzgado del que conocerá, en su caso, la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, debiendo en tal caso las partes proceder a consignar un depósito de 50 euros de conformidad con lo establecido en el apartado 9 de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

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