



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 tutela o 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.



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 00
Fax.: 928 42 97 74
Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org
Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo:

Resolución: Sentencia 000518/2023

Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelado		Roberto Canelles Pérez	Silvia Gonzalez Perez
Apelado		Roberto Canelles Pérez	Silvia Gonzalez Perez
Apelante /	Banco Bilbao Vizcaya	Julian Jimenez Quintana	Francisco Ojeda Rodriguez
Apelado	Argentaria, S.a., Bbva		

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

Magistrados

Don JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

Doña MARGARITA HIDALGO BILBAO

Don GUZMÁN ELISEO SAVIRÓN DÍEZ (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de abril de 2023.

La AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN CUARTA, ha visto el Recurso de Apelación 624/2022 interpuesto contra la sentencia nº 157/2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de febrero de 2022 en el Juicio Ordinario 1791/2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Sentencia en primera instancia.

1. Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria dictó la sentencia nº 157/2022, el 18 de febrero, con el siguiente fallo:

“Que ESTIMO la demanda presentada por D. _____ y D^a _____, con procuradora Sra. González Pérez, frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., que actuó representado por la procuradora Sra. Donderis de Salazar. Declaro nula la cláusula 4.1 Comisión de apertura, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 31 de julio de 1997.



Que se tendrá por no puesta. Condeno a la demandada a abonar a la parte actora, como devolución de la comisión de apertura, la cantidad de novecientos quince euros con cuatro céntimos (915,04€).

Cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que se devengará desde la fecha de pago y hasta su completa devolución; sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Recurso de apelación.

1. Por BBVA SA, se interpuso recurso de apelación frente a la referida sentencia.
2. Admitido el recurso se dio traslado a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.
3. Formalizada la oposición, y no habiendo sido impugnado el recurso, las actuaciones fueron remitidas a esta Audiencia Provincial. A su vez, las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella.
4. Recibidas las actuaciones se designó Magistrado Ponente. No habiendo sido solicitada la celebración de prueba se señaló para deliberación, votación y fallo. Fue celebrada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes. Objeto del recurso.

1. Solicitaba el actor como acción principal la nulidad de la cláusula de comisión de apertura insertadas en la escritura de préstamo hipotecario suscrita el día 31 de julio de 1997
2. La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, en lo que aquí interesa:
 - i) Declaró la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura.
 - iii) Ordenó la restitución de prestaciones, desestimando la excepción de prescripción.
 - iii) Impone al Banco las costas de la primera instancia.
3. Recurre en apelación el Banco por varios motivos:
 - i) la validez de la cláusula de la comisión de apertura.
 - ii) prescripción de la acción de restitución
4. El Cliente se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia, que no ha impugnado.
5. El recurso va a ser desestimado por los motivos que se expondrán, y tal y como viene manteniendo esta Sala en reiterado criterio

SEGUNDO.- La comisión de apertura: no es un elemento esencial del contrato.

1. Sostiene el recurrente que la sentencia no respeta lo declarado en la sentencia nº44/2019 de la Sala 1ª, pues la comisión es parte del precio del contrato, y por ende para poder ser apreciada la abusividad es necesario un previo control de transparencia.





2. Se ha matizado esta jurisprudencia por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, caso CAIXABANK, y la de 16 de marzo de 2023, en el asunto C-565/21, caso CAIXABANK, las cuales entienden de manera clara que la comisión de apertura no es elemento esencial del contrato.

3. Las sentencias anidan su decisión en que el objeto principal de un contrato es aquel que regula las prestaciones esenciales de ese contrato, y que, a su vez, niega que la inclusión de una comisión en el coste total del préstamo suponga su integración como parte del objeto principal (sentencia del TJUE, de 16 de julio de 2020 pf 62 y 63)

Puntualiza el TJUE que debe distinguirse lo que caracteriza el préstamo de lo accesorio. (sentencia de 16 de julio de 2020 pf 62); o dicho de otro modo añade que debe distinguirse el objeto principal de un contrato de préstamo, que son los compromisos principales del negocio, es decir la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos; de los relacionados con el objeto principal, como pueden ser los que retribuyen otros servicios asociados al préstamo. (16 de marzo de 2023, en el asunto C-565/21, caso CAIXABANK pf 23)

4. Por todo lo expuesto, la cláusula que regula comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato, y por ende de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13 puede ser sometida al control de abusividad sin necesidad de pasar el filtro de la transparencia.

TERCERO.- Abusividad.

1. La sentencia recurrida declara la abusividad de la cláusula de comisión de apertura al considerar no hay información suficiente sobre el coste de la comisión de apertura y de su función en el contrato ya que no acredita el recurrente que se haya entregado al actor oferta vinculante o documentación que la sustituya adecuadamente; además añade la sentencia que tampoco ha probado que las cantidades cobradas en concepto de comisión de apertura responden de un servicio efectivamente prestado al consumidor, y de los gastos efectivamente realizados por el Banco para otorgar el préstamo.

Por todo ello, la cláusula crea un desequilibrio contractual entre las partes contrario a las exigencias de la buena fe.

2. El recurso de apelación, en cuanto a lo que afecta a la anterior declaración, trata de desvirtuar la nulidad esgrimiendo que la comisión obedece a un servicio sin repercusión del gasto, y además se trata de una actividad inherente.

3. El TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, caso CAIXABANK, concretamente en los párrafos 78 y 79, a la luz de lo dispuesto en la Ley 2/2009 señala la posibilidad de la abusividad de la cláusula de comisión de apertura al entender que si deriva de servicios efectivamente no prestados o de gastos no habidos colocaría al consumidor en una posición menos ventajosa que el derecho nacional, por lo que le genera un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en los términos entendidos por el propio TJUE.

Ahora bien, puntualiza que es el órgano nacional quien debe valorar que verdaderamente esta



comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido el prestamista.

Así lo ha corroborado la sentencia de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/2021, caso CAIXABANK.

4. Para la valoración del equilibrio de contraprestaciones es relevante el párrafo 51 de la sentencia de 16 de marzo de 2023:

"51. En cuanto a la existencia de un posible desequilibrio importante, su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales ..."

5. A su vez, también debemos acudir a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 3 de octubre de 2019, en el asunto C-621/17, caso "Gyula Kiss". Esta sentencia impone al predisponente la obligación de que el consumidor pueda entender razonablemente o deducir del contrato la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados.

Exactamente la sentencia señala:

"...no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales. No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen..."

6. Así, para el examen de la abusividad y el justo equilibrio de prestaciones, es necesario acudir a la interpretación que viene haciendo esta Sala de manera reiterada, entre otros rollo 547/2022, sentencia de 23 de marzo:

"...que la comisión de apertura no responde a verdaderos servicios o prestaciones adicionales del contrato de préstamo. Los que se mencionan en la cuestión prejudicial son "el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.)". Ninguno de ellos es una prestación adicional que reciba el Cliente, sino inherentes a todo contrato bancario de préstamo, de forma que mediante la misma el profesional traslada la carga de los gastos de funcionamiento generados en beneficio exclusivo de dicha entidad.



Es un hecho innegable que la comisión de apertura no se cobró a todos los Clientes y en todos los contratos. Y que su importe no responde al número o la complejidad de las gestiones y estudios realizados en cada supuesto (que variará de un cliente a otro), sino que se configura como un porcentaje en función de la cuantía total del préstamo, generalmente con un mínimo. Lo que sin duda revela que es un simple traslado al consumidor de los gastos generales de funcionamiento del profesional, que se entiende ya están calculados por la entidad para configurar el precio en forma de interés.”

7. En este caso, se limita a afirmar el recurrente que es un servicio adicional dado al cliente; pero sin embargo no prueba que no haya una repercusión del gasto en el ejercicio de una actividad inherente realizado por la entidad bancaria, sin añadir nada en cuanto al beneficio generado al cliente y que quede al margen del propio precio préstamo fijado en los intereses.

CUARTO.- Prescripción.

1. Declarada la nulidad de la cláusula que fija los gastos procede la restitución de lo pagado. Aquí, el recurrente entiende que la acción está prescrita.

2. La sentencia de 1ª instancia lleva el inicio del cómputo del plazo al momento de la declaración de nulidad.

El recurrente, sostiene que a la vista de la doctrina de la Sala 1ª y del TJUE (sentencias de 9 y 16 de julio de 2020) el día debe llevarse al momento de los pagos. Mantiene que la seguridad jurídica y los principios de efectividad y equivalencia son incompatibles con permitir un plazo prescriptivo para la restitución excesivamente amplio, como sucede en este caso.

3. En síntesis, como señalamos, entre otras muchas, en la sentencia de esta misma sección, rollo nº510/2021 de 29 de abril de 2021, las razones para entender que es acertada la sentencia de 1ª instancia llevando el inicio del plazo prescriptivo al momento de la declaración de nulidad son:

i) se ejerce con carácter principal una acción de nulidad de pleno derecho por ser abusiva la cláusula de gastos, sin que sea aplicable el plazo de caducidad de las acciones de nulidad relativa.

ii) que en el Real Decreto Legislativo 1/2007, la acción de restitución de las cantidades, que trae causa de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva debe considerarse accesoria a la nulidad tal y como refleja el art. 53.

Concretamente este precepto señala:

“... A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción

acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.”

iii) que como señala la sentencia de la Sala 1ª, nº 662/2019, “la solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula.”

iv) que esta interpretación esta justificada por el principio de equivalencia y es conforme con la Jurisprudencia Europea, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, “CY y Caixabank, S. A. Exactamente esta sentencia señalaba:

“El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución

Porque “el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la legislación nacional que considera que el plazo de prescripción de una acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva empieza a correr a partir de la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, mientras que, tratándose de una acción similar de Derecho interno, ese mismo plazo empieza a correr a partir de la fecha de la declaración judicial de la causa de la acción”

4. Todas estas razones, conducen a confirmar la sentencia de 1ª instancia puesto que como ya hemos expresado, la acción de restitución no está sometida a un plazo de prescripción individual distinto de la acción de nulidad, salvo cuando se haya ejercido previamente la acción principal de nulidad.

Y en este caso, se acumula la acción de nulidad y la de restitución.

QUINTO.- Costas. Depósito.

1. La desestimación del recurso de apelación supone la imposición de costas al apelante, tal y como ordena el art. 398 de la Ley 1/2000.

2. Asimismo, procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que será transferido por el Juzgado de 1ª Instancia al Tesoro Público.

Por todo lo expuesto, en nombre de SM el Rey, y por la autoridad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por BBVA SA., frente a la sentencia nº 157/2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de febrero de 2022 en el Juicio Ordinario /2021



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 tutela 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.





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 tutela o 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.



2. CONFIRMAR la sentencia nº 157/2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de febrero de 2022.

3. IMPONER LAS COSTAS de este recurso de apelación a BBVA SA.

4. ORDENAR la transferencia del depósito para recurrir al Tesoro Público.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley 1/2000; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta de la Ley 1/2000.

Expídase testimonio de esta resolución por duplicado, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.