



## Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Avenida Ramon Folch, 4-6, planta tercera - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972181718  
FAX: 972219577  
EMAIL: instancia3.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188078630

### Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 813/2018 -5B

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmob. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:  
Para ingresos en caja. Concepto: 1680000004081318  
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.  
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona  
Concepto: 1680000004081318

Parte demandante/ejecutante:  
Procurador/a: Maria Jesus Mendiola Olarte, Maria  
Jesus Mendiola Olarte  
Abogado/a: Gisela Bernaldez Breton

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO  
VIZCAYA ARGENTARIA S.A.  
Procurador/a:  
Abogado/a:

## SENTENCIA Nº 216/2019

**Magistrado: David Torres Pindado**

Girona, 7 de febrero de 2019

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. M<sup>a</sup> JESÚS MENDIOLA OLARTE, en nombre y representación de , presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. Se ejercitaba acción de nulidad de condiciones generales de la contratación (cláusula suelo, gastos, reclamación de posiciones deudoras y comisión de apertura) con restitución de cantidades y costas.

La demanda fue admitida y se emplazó a la demandada para su contestación en el plazo de 20 días.

La demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contestó la demanda en tiempo y forma oponiéndose a la misma, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la contraria.

**SEGUNDO.-** Seguidamente las partes fueron convocadas al acto de la audiencia previa celebrada el día 7/2/19. Comparecieron todas las partes.

Respecto a la prueba únicamente fue propuesta y admitida la documental





interesada por las partes.

Por lo tanto, conforme al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó el juicio visto para sentencia sin necesidad de la previa celebración de juicio.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Pretensiones de las partes.**

La demandante pretenden la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, la de gastos, reclamación de posiciones deudoras y comisión de apertura incorporadas todas ellas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 31/5/2010 suscrito con la demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., condenándola a devolver las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas desde el momento de la conclusión del contrato y restitución de los servicios satisfechos por gastos e intereses. Todo ello más las costas del proceso.

La entidad demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contestó la demandada oponiéndose a la misma alegando los motivos que justificaban la improcedencia de la acción de nulidad ejercitada y restitución de cantidades. Por todo ello interesa la desestimación íntegra de la demanda.

### **SEGUNDO.- Audiencia previa: hechos controvertidos.**

#### Excepciones procesales

Se fijó la cuantía del procedimiento como determinada en el importe reclamado por acción acumulada de restitución de cantidades. Art. 252.2º de la LEC.

#### Desistimiento de la nulidad de la cláusula de comisión de apertura

La demandante desistió de la pretensión restitutoria referente a la nulidad de la cláusula de comisión de apertura. La entidad demandada se opuso al desistimiento.

Conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la LEC y habiendo mostrado la demandada su expresa disconformidad con el desistimiento verificado por la actora y por entender que existe interés fundamentado de la demandada en resolver definitivamente la cuestión planteada por la demandante, sin obviar razones de economía procesal, no se admitió el desistimiento verificado por la demandante.

#### Controversia





Se fijaron los hechos controvertidos consistentes en: i) la procedencia o no de la pretensión de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, reclamación de posiciones deudoras, apertura y gastos, y ii) la procedencia de restituir las sumas reclamadas.

No era controvertido el importe de principal por suelo en la suma de 1.133,85 €.

### **TERCERO.- Acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. Consumidor.**

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). La primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor; y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto a la primera cuestión, el artículo 3 del TRLGDCU, contiene una definición legal según el cual *"a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*. De forma sustancialmente semejante el art. 2 de la LCGC. No resulta controvertido que \_\_\_\_\_ tiene la consideración de consumidor, tal y como hemos señalado anteriormente. La demandada no lo discute.

En cuanto al segundo elemento, el apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas *"cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*

Tal precepto ha sido desarrollado por la STS de 9 de mayo de 2013, en cuyos fundamentos jurídicos 137 y 138, establece un elenco de cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que una cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no





ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Centrándonos en la cláusula impugnada objeto de procedimiento resulta evidente que nos hallamos ante una condición general de la contratación. La cláusula suelo es una cláusula llamada a incorporarse a una multitud de contratos y que son prerredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación. De hecho, la experiencia y práctica judicial demuestra que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de tales cláusulas, sino que forman parte de las condiciones que le impone el banco para concederle la financiación requerida a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante cláusulas impuestas, por lo que procede el control de su abusividad.

La demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., no justifica la existencia de verdadera negociación individualizada respecto a las cláusulas impugnadas.

#### **CUARTO.- Control judicial de abusividad.**

En materia de protección de consumidores y usuarios, tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas aisladas no negociadas individualmente están sometidas a dos tipos de control judicial: el control de inclusión y el control de contenido.

Tanto las cláusulas suscritas entre empresarios y profesionales como las verificadas entre éstos con consumidores, ya afecten a elementos esenciales del contrato, es decir, los definitorios del mismo o contenido económico, como los relativos al contenido jurídico o normativo, están sometidas a un inicial control común de inclusión o incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la LCGC. El art. 7 LCGG en relación al deber de redacción de las "cláusulas generales" ajustadas "a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" (art. 5.5 LCGC).





Se trata de una transparencia documental o gramatical de la cláusula.

Una vez superado ese primer filtro el control de contenido se distingue según el tipo de cláusula que se trate. Por un lado, las cláusulas relativas al contenido económico (precio) a un control de transparencia. Y, por otro lado, las comprendidas en el contenido jurídico o normativo del contrato (cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios, comisiones, o la de gastos) a un control de desequilibrio objetivo en el que se examina la eventual existencia de un perjuicio para el consumidor por el desequilibrio en términos de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

#### **QUINTO.- Doctrina del Tribunal Supremo. Doble filtro de transparencia.**

Según ha declarado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, la cláusula suelo se refiere al objeto principal del contrato, al precio que ha de pagar el prestatario como contraprestación al bien recibido.

De conformidad con la Directiva 93\13\CEE, artículo 4.2, *"La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

Ello supone, *"a sensu contrario"* y según ha declarado el Tribunal Supremo en la referida Sentencia de 9 de mayo de 2013, que *"las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible."*

Más adelante, precisa el Tribunal Supremo en relación con el control de transparencia de estas cláusulas lo siguiente: *"(...) el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil ( LEG 1889, 27 ) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a*





*cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".*

*En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

*No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.*

*En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".*

De conformidad con lo señalado en la Sentencia precitada debe analizarse si la cláusula es clara y transparente, y para ello marca unos criterios interpretativos a tener en cuenta. A saber:

- *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- *No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con*





*otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

*-En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.*

El carácter abusivo de la cláusula suelo, se fundamenta por tanto, en el déficit de conocimiento del adherente, en tanto dada la licitud intrínseca, la ilicitud sólo viene determinada por la falta de transparencia en relación al conocimiento del funcionamiento de la cláusula suelo y, en especial, de las consecuencias para el consumidor de la bajada del tipo de interés.

En definitiva, en materia de protección de consumidores y usuarios, tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas aisladas no negociadas individualmente están sometidas a dos tipos de control judicial: el control de inclusión y el control de contenido. Tanto las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, es decir, los definitorios del mismo o que atañen al contenido económico, como los relativos al contenido jurídico o normativo, están sometidas a un control común de inclusión o incorporación previsto en el art. 7 LCGG en relación al deber de redacción de las “cláusulas generales” ajustadas “a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5 LCGC). Una vez superado ese primer filtro el control de contenido es dispar según el tipo de cláusula que se trate, ciñéndose el relativo a las cláusulas relativas al contenido económico a un control de transparencia, mientras las comprendidas en el contenido jurídico o normativo del contrato a un control de desequilibrio objetivo en el que se examina la eventual existencia de un perjuicio para el consumidor por el desequilibrio en términos de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Si bien la contratación en masa sería inviable si el deber de transparencia se impusiera también en relación al contenido normativo, tampoco procedería un control de desequilibrio objetivo sobre el contenido económico del juego de contraprestaciones, pues implicaría un control de precios. Por estos motivos, a los efectos de garantizar el imperio de la justicia y la buena fe, para que sea admisible en la contratación en masa las cláusulas relativas al contenido económico u objeto principal del contrato, además de ser redactadas en términos que superen el control de inclusión, se exige un plus de transparencia.

En el ámbito del control de transparencia, el control de inclusión es por tanto el primer filtro que debe superar una condición general de la contratación, confiriendo sólo la simple posibilidad de conocer la carga económica y posición jurídica que se asume. A diferencia de con el segundo filtro del control de





transparencia, que permite constatar la posibilidad real de un conocimiento efectivo.

Esta doctrina viene expuesta por las SSTs de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015.

#### **SEXTO.- Nulidad de la cláusula suelo.**

En el supuesto que nos ocupa, la cláusula suelo 3 bis 1 se incorpora a la escritura de préstamo hipotecario y se fija un interés mínimo del 3,50 %, que ha sido de aplicación efectiva, como manifiestan y reconocen ambas partes.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta debe conducir a la declaración de abusividad de la mencionada cláusula suelo pues la misma no supera el doble control de transparencia establecido por el TS y, además, causa un evidente y relevante desequilibrio en los derechos y obligaciones de la parte demandada (art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007). No consta siquiera que el *iter* precontractual y contractual se haya ajustado a la legalidad formal vigente (singularmente la O.M. de 5 de mayo de 1994) que permitiría la incorporación de tal condición general al contrato. Aun partiendo de tal cumplimiento, no puede entenderse como adecuada comprensión por parte del consumidor de la carga económica que asumía en virtud de la cláusula. Se desconocen los términos de la oferta vinculante pero es evidente que en el contrato de préstamo hipotecario no se destaca tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato, no se facilitaron al consumidor simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés (al menos no se han aportado por la entidad financiera ex art. 217.7 de la LEC). No hay información previa clara y comprensible (no adjuntada cuando menos) sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Por ello la cláusula no es transparente ni permite conocer al consumidor la repercusión económica real que la misma tiene en el tracto contractual generando, además, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato puesto que convierte un tipo de interés variable en fijo a la baja protegiendo el interés económico de la ejecutante y dando al traste con las posibilidades de un abaratamiento de la operación para el consumidor por mor de las bajadas de interés previsibles para el empresario como afirma el TS. Por ello, procede declarar el carácter abusivo de la denominada cláusula suelo y su nulidad.

#### **Restitución de prestaciones. Doctrina STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016.**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entendió que no







obstante la regla general de eficacia retroactiva - “*quod nullum est nullum effectum producit*” - que implica el deber de restitución recíproco de las prestaciones al quedar sin validez el título de atribución patrimonial y estar proscrito el enriquecimiento sin causa-, los efectos de una declaración de nulidad no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves. Y justificó que la declaración de nulidad no afectase a “los pagos ya efectuados en la fecha” de su publicación con toda una serie de argumentos por los que consideraba que concurría la buena fe de los círculos interesados. Entre ellos: “*la licitud intrínseca de las cláusulas suelo; no ser cláusulas inusuales o extravagantes en el tráfico jurídico; haber sido toleradas largo tiempo por el mercado; la falta de transparencia de las cláusulas no se deriva de una oscuridad interna, sino de insuficiencia de información; la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios permite la sustitución del acreedor; y a fin de cuentas, ser “notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”.*”

Asimismo, la posterior sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 139/2015, de 25 de marzo, ponente Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz, despejaba cualquier duda sobre la cuestión. La Sala Primera del Tribunal Supremo, remitiéndose en bloque al desarrollo argumentativo de la sentencia de 9 de mayo de 2013, acogía los criterios apuntados en la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb para limitar los efectos de la declaración de nulidad en el ejercicio de acciones individuales. Y considerando concurrente el riesgo de trastornos graves del orden socioeconómico y la buena fe de los círculos interesados, fijó como doctrina que:

*“Cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declara abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”.*

Ahora bien, sobre el particular se plantearon diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE y estaba pendiente de resolución la remitida por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, asunto C-154/15, Gutiérrez Naranjo, (así como por la Secc. 8ª de la AP de Alicante y otras secciones de la AP de Santander y Castellón)

Dicha resolución tuvo lugar recientemente mediante la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016 que ha declarado contraria al derecho de la Unión la Doctrina del TS antes aludida, fijándose como argumento los contenidos en los apartados 72, 73, 74 y 75.





“72. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.»





Por ello procede estimar la pretensión principal de la demandante y condenar a la entidad demandada al importe no controvertido de 1.133,85 € más intereses.

#### **SEPTIMO.- Cláusula gastos.**

La cláusula de gastos objeto de impugnación no se refiere “a la definición del objeto principal el contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra” (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), lo que no es objeto de discusión ni resulta controvertido por las partes. Por lo tanto, es susceptible de ser enjuiciada en su contenido desde la perspectiva de la abusividad de los arts. 82 y ss del TRLGDCU.

Dicha disposición (actual art 82 del TRLGDCU y anterior art. 10 bis de la LGDCU) establece que “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Debe examinarse si en el caso concreto la cláusula en cuestión opera una adecuada distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario, o por el contrario debe calificarse como abusiva, es decir si se trata de “...una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada” (STS de fecha 23 de diciembre de 2015)

Asimismo, en todo caso, los arts. 85 a 90 del TRLGDCU fija una serie de supuestos en los que partiendo de la existencia de dicho desequilibrio considera que existe abusividad. Destacamos, en lo que ahora interesa el art. 89 del TRLGDCU al mantener que “...tienen la consideración de cláusulas abusivas:

- 1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.*
- 2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.*
- 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de*





viviendas:

a) *La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).*

b) *La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.*

c) *La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.*

d) *La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

4. *La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.*

5. *Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.”*

#### **La cláusula gastos de la presente reclamación.**

La cláusula de gastos impugnada se encuentra en la estipulación quinta del préstamo hipotecario suscrito entre las partes que se da por reproducida dada su extensión.

En base a la STS 23 de diciembre de 2015, como la dictada por nuestra Audiencia Provincial de referencia, Sentencia 188/2016, de fecha 10 de marzo de 2016 y las más recientes 139/2018 (demandada BANKIA, S.A.), 140/2018 (demandada BBVA,SA) y 142/2018 (demandada CAIXABANK, S.A.), todas ellas de 23 de abril, así como la 152/2018, de 25 de abril y 155/2018, de 26 de abril (en ambas demandada BANCO SABADELL, S.A.), se llega a la conclusión de que se trata de una cláusula absolutamente omnicomprensiva y genérica que incluye pluralidad de conceptos a cargo del consumidor prestatario, en términos genéricos e inconcretos, tales como los tributos o gastos, sin distinción alguna, vulnerando la norma aplicable en cada caso y provocando una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor. Se infringe claramente el art. 89.3 a) TRLGDCU sin precisar exactamente qué partidas se integran en cada uno de dichos grupos.





En efecto, desde la perspectiva del control de contenido, la generalidad, imprecisión e imputación indiscriminada al prestatario de cada una de las partidas de gastos denunciadas (por ejemplo impuestos, tributos, gastos de notaría, registrales, tasación del inmueble o gestoría) supone un desequilibrio en perjuicio del consumidor y en beneficio de la entidad predisponente, pues se le imponen gastos que contravienen e infringen la norma aplicable en cada supuesto. Y todo ello en base a lo dispuesto por el TS en sentencia de 23 de diciembre de 2015 y las de AP de Girona antes señaladas.

Ello conduce a la declaración de nulidad de pleno derecho, por abusiva, y la consiguiente expulsión contractual de la cláusula de gastos de conformidad con los arts. 82 y 83 TRLGDCU (anterior art. 10 bis.2 LGDCU), 8.2 LCGC y artículos 3.1 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Dicha nulidad no incidirá en la eficacia del contrato dado que puede, perfectamente, subsistir sin esa previsión (art. 6.1 de la Directiva de Cláusulas Abusivas, 10.1 LCGC y art. 83 TRLGDCU)

### **Restitución de cantidades. Doctrina de la Ilma. AP de Girona.**

Decretada la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos debemos entrar sobre la acción de restitución de cantidades ejercitada de forma acumulada. Debe precisarse que la STS de 23 de diciembre de 2015 antes señalada fue dictada en ejercicio de una acción colectiva y tanto ésta como la SAP de Girona de 10 de marzo de 2016, fueron dictadas en procedimientos en los que no se interesó la restitución de cantidades satisfechas por la prestataria. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se ejercita acumuladamente a la pretensión de nulidad una acción de restitución de cantidades por lo que para el supuesto de estimarse la acción principal de nulidad de la condición general de la contratación, su eliminación y expulsión del contrato, resultará que ante la falta de previsión o regulación pactada deberemos atender a la legislación vigente sobre cada gasto para resolver la cuestión.

En efecto, una cosa es el control de la cláusula de gastos y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo.

El Tribunal Supremo, en las recientes Sentencias 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero, y la Sección Primera de la AP de Girona en Sentencias 139/2018, 140/2018 y 142/2018, de 23 de abril, 152/2018 de 25 de abril y 155/2018 de 26 de abril, entre otras, ya se ha pronunciado sobre esta cuestión que tanta disparidad de criterios ha levantado, considerando que el préstamo/crédito hipotecario es una operación que interesa a ambas partes (entidad financiera y cliente) y que lleva aparejada una serie de gastos propios y necesarios para el buen fin de la operación, de forma que éstos, consistentes en





los notariales, gestión y tasación, se satisfarán por partes iguales. Los de registro que corresponde en su totalidad a la entidad financiera.

Ahora bien, en relación a los gastos notariales precisar que las copias emitidas serán a cargo de aquella parte que las haya interesado, y se concreta que la copia autorizada que se inscribe en el Registro de la Propiedad también será por mitad.

En lo referente al Impuesto de AJD se sigue la doctrina del TS en Sentencias nº 147/18 y 148/18, de fechas 15 de marzo de 2018, que concluye que el impuesto corresponde al prestatario. Lo que se confirmó recientemente por Sentencias de la Sala III del TS nº 1669/18, 1670/18 y 1671/18, de fecha 27 de noviembre.

Siguiendo la misma Sentencia de 15 de marzo de 2018 el impuesto por el papel matriz correspondería al prestatario y por las copias a aquella parte a cuyo favor se expidieron.

Esta doctrina de distribución de gastos derivados de la operación con garantía hipotecaria se aplica tanto a la operación de financiación como a la de modificación o novación, pues considera el TS que ambas partes están interesadas en tal modificación o novación.

Por el contrario, las cancelaciones, en tanto que liberan la carga real hipotecaria tan solo interesan a la prestataria, quien deberá asumir los gastos que se generen, tanto notariales como registrales.

De este modo procede reconocer el importe de la mitad de los gastos generados por la operación de financiación con garantía hipotecaria, salvo el registro que procede en su integridad, y con exclusión del impuesto, lo que en este caso y habida cuenta los concretos servicios reclamados por la demandante asciende al importe de 738,01 €.

De acuerdo con el art. 1303 del C.c. con la finalidad de restablecer la situación de hecho anterior al acto nulo procede la condena de intereses desde que se hiciera efectivo cada uno de los importes cuya restitución se ha acordado.

Por lo demás, conviene precisar que la demandante justifica cumplidamente el pago y satisfacción de las sumas reclamadas habida cuenta la documental adjuntada a la demanda consistente precisamente en las facturas en cuestión, no impugnada de contrario, así como ante la falta de prueba por parte de la demandada.

#### **OCTAVO.- Comisión de apertura.**

La pretensión de nulidad de la cláusula de comisión de apertura había sido resulta de forma opuesta por las distintas Audiencias Provinciales mediante resoluciones de signo diverso; por un lado admitiendo su nulidad (Sentencias de las AAPP de Las Palmas de 20 de abril de 2018, Asturias de fecha 19 y 20 de abril de 2018, así como de 30 de julio de 2015 y 15 de septiembre de 2017 o la





de Soria de fecha de 10 de octubre de 2017) y por otro denegándola (Sentencias AAPP de Barcelona de fecha 15 de octubre de 2018, de Valencia de 4 de abril de 2018, León de 15 de junio de 2018, Madrid de 23 de noviembre de 2017 o Tarragona de 7 de febrero de 2017)

El Pleno del Tribunal Supremo ha resuelto la disparidad de criterios mediante la Sentencia nº 44/2019, de 23 de enero, en la que fija doctrina sobre la cláusula de comisión de apertura en la operación de préstamo con garantía hipotecaria, reconociendo su validez.

En dicha sentencia expone y analiza la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), y concluye que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

En efecto, mantiene que *“La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto”*

Asimismo se dice que *“No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto”*

Por todo ello, la comisión de apertura está excluida del control de contenido, pues se configura como componente o parte sustancial del precio de la operación del préstamo con garantía hipotecaria.

Y de este modo, por lo tanto, la Sala concluye que la comisión de apertura tan solo está sometida al control de transparencia, que a su vez considera superado o cumplido porque *“es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una*





*comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”*

En definitiva, y en el supuesto que nos ocupa, no estando sometida la comisión de apertura al control de contenido, y entendiéndose superado tanto la incorporación (no discutido) como el filtro de transparencia, conforme doctrina expuesta plenamente aplicable al caso, procede denegar la nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

#### **NOVENO.- Cláusula de reclamación por posiciones deudoras.**

Debe declararse la nulidad de la estipulación cuarta mencionada, pues efectivamente, tal y como se mantiene, no se justifica la gestión o servicio prestado al cliente, sin que resulte procedente su aplicación automática, además de resultar desproporcionada y excesiva. Procede así la nulidad de las cláusulas por abusiva, resultando inaplicable. Sentencia Ilma. AP de Girona de fecha 2 de diciembre de 2015 y Auto de fecha 19 de noviembre de 2015, entre otras.

#### **DÉCIMO.- Costas.**

La estimación parcial de la demanda y despertando muchas de las cuestiones tratadas y resueltas serias dudas jurídicas y existir pronunciamientos judiciales de signo opuesto, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes (artículo 394.2 de la LEC)

### **FALLO**

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por  
contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., y por lo tanto,

DECLARO la nulidad de la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, gastos y reclamación de posiciones deudoras del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y su eliminación del contrato.

CONDENO a la entidad financiera demandada a la suma de 1.133,85 € más intereses legales calculados desde la fecha del cobro de cada una de las cuotas hasta el día del pago.

CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer en concepto de gastos el importe de 738,01 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fechas de pago de cada una de las partidas.

Sin expresa condena en costas.







Notifíquese la presenta sentencia a las partes, haciéndose saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la LEC)

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Codi Segur de Verificació: DU4DQ9900OQZTRYC3JZTYKURXNEHLZA5

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Torres Pinedado, David;

Data i hora 07/02/2019 19:14

