

**Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona**

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

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 487/2021 -5B

Procurador/a: Elisenda Pascual Sala

Abogado/a: Lluís Ferrer De Nin

Parte demandada Banco de Sabadell, S.A.

**SENTENCIA Nº 929/2021**

**Girona**, 15 de diciembre de 2021

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El/La Procurador/a de los Tribunales Sr/a. ELISENDA PASCUAL SALA, en nombre y representación de JOAN COLOM PALLARUS, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANCO SABADELL, S.A.. Seejercitaba acción de nulidad de condiciones generales de la contratación (**cláusula de gastos y comisión de apertura**) con restitución de cantidades, intereses y costas.

La demanda fue admitida y se emplazó a la demandada para su contestación en el plazo de 20 días. La demandada BANCO SABADELL, 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 audiència previa celebrada el día 15/12/2021. Comparecieron todas las partes. Respecto a la prueba, ambas partes propusieron únicamente prueba documental, que se admitió en los términos que consta documentado. Por lo tanto, conforme al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedo el juicio visto para sentencia sin necesidad de la previa celebración de juicio.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Pretensiones de las partes. La actora ejercita acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas a la comisión de apertura e imposición de gastos, por abusividad e incumplimiento de normativa, con los efectos inherentes a la declaración interesada y el abono de cantidades más intereses y costas. Y ello en relación al contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad financiera demandada en escritura pública de fecha 15/7/2004.

La entidad demandada BANCO SABADELL, S.A., se opone a la pretensión deducida de contrario afirmando la validez de las cláusulas impugnadas y negando la procedencia de la acción restitutoria (no se aporta factura de registro). También opone prescripción y retraso desleal en el ejercicio de la acción e impugna la cuantía del procedimiento.

**CUARTO.- Cláusula de gastos.**

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 omnicomprendiva 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.

(...) Finalmente, se opone la excepción de prescripción de la acción restitutoria de acuerdo con el CDCC en el plazo de 10 años, que debe rechazarse. Efectivamente, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la acción de nulidad podría considerarse sujeta a una limitación temporal. En todo caso, sin embargo, debemos tener en cuenta el art. 121-23 CDCC que regula el inicio del cómputo del plazo dispone que “El termini de prescripció s'inicia quan nascuda i exercible la pretensió, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir.”

Y dado que la acción de restitución resulta ser inmediatamente accesoria a la acción de nulidad -puesto que sin ésta última, la acción de restitución no existiría-, resulta adecuado considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria quede subordinada a la declaración judicial de nulidad por ser éste el momento en que la acción restitutoria nace y puede ejercitarse.

En efecto, hasta el momento de la declaración judicial de nulidad los pagos derivados de la operación hipotecaria se amparan y justifican en dicha cláusula, y no es hasta que judicialmente se decreta su nulidad por abusiva cuando la restitución puede ejercitarse. O bien cuando la entidad financiera lo reconoce ante una reclamación del prestatario, por ejemplo.

Por lo expuesto, dado que en el presente procedimiento se ejercitan acciones de nulidad y acciones de restitución, ninguna de aquéllas se encuentra prescrita, por la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción de nulidad en el primer caso, y por la accesoriedad de las segundas.

Este criterio resulta compatible y viene a ratificarse por el TJUE en la Sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) cuando en el apartado 93 concluye que “Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la

decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que 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.”

(...)

#### **QUINTO.- Comisión de apertura.**

Sentencia TJUE de fecha 16 de julio de 2020. El Tribunal Supremo había resuelto la disparidad de criterios existentes en la materia mediante Sentencia nº 44/2019, de 23 de enero, reconociendo la validez de la comisión de apertura habida cuenta dos conclusiones principales. Por un lado, que la comisión de apertura forma parte del precio del préstamo (junto al interés remuneratorio), y del objeto principal de la operación, y debe incluirse en el cálculo de la TAE. Por otro lado, que la comisión de apertura está excluida del control de contenido, pues se configura como componente o parte sustancial del precio de la operación, y tan solo está sometida al control de transparencia, que a su vez consideraba superado o cumplido.

Debemos tener presente la reciente Sentencia del TJUE de fecha de 16 de julio de 2020 dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), y cuyas conclusiones afectan o inciden en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

En este punto compartimos los argumentos de la Sentencia nº 1080/2020 de fecha 9 de septiembre de 2020 dictada por la AP de Girona, que interpreta la STJUE de 16 de julio de 2016 (C-224/19 y C-259/19) al mantenerse que el Tribunal europeo resulta concluyente cuando señala:

“Primero, que la comisión de apertura no está incluida entre las prestaciones esenciales del contrato pues se trata de una cláusula de carácter accesorio.

Segundo, que el hecho de que su importe esté incluido en el coste total de un préstamo hipotecario, no implica que sea una prestación esencial de éste.

Tercero, que si bien debe ser objeto también del control de transparencia formal (redactada de forma clara y comprensible), también concluye en los siguientes términos: “3) 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”.

En definitiva, y conforme se concluye en el apartado 79 por el TJUE, aunque el control de transparencia se supere la entidad financiera debe justificar que el importe correspondiente a la comisión de apertura responde a Servicios determinados efectivamente prestados y a unos gastos justificados. Dicho extremo no queda justificado.

Por lo tanto, procede estimar la pretensión invocada por la demandante y declarar nula la cláusula de comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y condenar a la entidad demandada a restituir la cantidad reclamada por dicho concepto más los correspondientes intereses legales desde la fecha de cobro de la comisión.

SEXTO.- Costas.

Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos (así como el resto de cláusulas impugnadas), aunque no se hayan estimado todas las pretensiones restitutorias, nos hallamos ante una estimación sustancial, y procede imponer las costas a la entidad financiera demandada, de acuerdo con la Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 y posterior Sentencia núm. 35/2021, de fecha 27 de enero, dictada por el Pleno del TS. Téngase muy en cuenta que la demanda se presenta después de haber intentado reclamación extrajudicial (documento nº 5 y 6 de la demanda)

#### **FALLO**

**ESTIMO la demanda presentada** por JOAN COLOM PALLARUS contra **BANCO SABADELL, S.A.**, y **DECLARO la nulidad de la cláusula de gastos y comisión de apertura** contenida en la **escritura de préstamo hipotecario** y su correspondiente eliminación.

CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 193,35 € (**gastos**) y de 900 € (**comisión de apertura**) más los intereses legales de dichas cantidades desde las respectivas fechas de pago de cada uno de los importes objeto de condena. CONDENO a la entidad demandada **a las costas del proceso.**