

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. [REDACTED]

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN [REDACTED])

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: BANKIA SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

MAGISTRADOS

SENTENCIA NUM. [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 19/01/2023.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los
Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio

Ordinario nº [REDACTED] que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº. 16 de Murcia, entre las partes: como parte demandante, de [REDACTED] representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Giménez Ibarra; y demandada, la mercantil BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D. [REDACTED] asistido/a por el/la Letrado/a [REDACTED]

[REDACTED] En esta alzada actúa como apelante la demandada y como apelada la demandante; siendo Ponente el Ilmo. [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por citado el Juzgado de Primera Instancia, en los referidos autos, se dictó Sentencia 22/01/2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D.

[REDACTED] ntra BANKIA S.A. y:

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 27 de julio de 2007 ante el notario Dña. María D. García Ollero con número de protocolo 2236 y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad total de 865,91 €, más el interés legal desde la reclamación extrajudicial de las cantidades, hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la LECivil.

2. Declaro la nulidad de la cláusula que establece una comisión de apertura inserta en el contrato litigioso y en consecuencia condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 125 € a la que se añadirá el interés legal desde la fecha del efectivo pago de la cantidad hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada”.

Segundo: *Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que: “estimando íntegramente el recurso de apelación de esta parte, revocándose la sentencia recurrida, considerando no consumidora a la parte actora y declarando válida, transparente y no abusiva la cláusula de comisión de apertura objeto de este procedimiento, revocando igualmente, el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, al ser parcial la estimación de la demanda en caso de estimación de este recurso”.*

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 24/02/2021, se dio traslado a la demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable. La demandante presentó escrito de oposición al recurso en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que: *“se sirva dictar resolución por la que acuerde desestimar íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de la parte recurrente, IMPONIÉNDOLE LAS COSTAS DE ESTA ALZADA”.*

Emplazadas las partes, los autos fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 18/01/2023 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la Sentencia que, con el contenido del fallo transcrito, estima la demanda formulada, la demandada, ahora apelante, muestra su disconformidad con la consideración de consumidor de la demandante y con la nulidad de la comisión de apertura atendiendo a los siguientes motivos:

El motivo primero se titula “*ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PERFIL DE LA ACTORA NO CONSUMIDOR Y NEGOCIACIÓN DE LA CLÁUSULA*”. Bajo tal título se aduce que la sentencia ha concluido con el carácter de consumidor de la demandante “*alegando la construcción de una vivienda. Siendo que dicha vivienda ya aparece en la descripción del bien hipotecado. Por ello ya se había construido con anterioridad.*”

Recordemos que el préstamo hipotecario litigioso no tuvo como finalidad la adquisición de una vivienda habitual, sino otra muy distinta, como consta acreditado en nuestra contestación, sin que se haya aportado por parte de la demandante ningún tipo de prueba o argumento en uno u otro sentido.

Y como defendemos, nada dice la demanda respecto ni a la finalidad de las operaciones, ni al destino de las cantidades que una y otra vez fue entregando la entidad a los demandantes.

Consecuentemente, al no haber presentado la parte actora ningún documento que demuestre la verdadera finalidad de las operaciones hipotecarias litigiosas, ni el destino de los importes que percibió de las mismas, y por ende, que corrobore su condición de consumidor, incumplió claramente la carga de la prueba, reglada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sede de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”.

El motivo segundo se titula: “LA SENTENCIA RECURRIDA SE OPONE A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, QUE NO HA SIDO SUPERADA POR LA DOCTRINA DEL TJUE. LA CLÁUSULA QUE ESTABLECE LA COMISIÓN DE APERTURA SUPERA LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN, TRANSPARENCIA Y CONTENIDO O ABUSIVIDAD”, negándose que la referida cláusula se nula por abusiva atendiendo a los criterios obrantes en la STS 44/2019 y haciéndose mención a que: “LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 NO DESVIRTÚA NI CONTRADICE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA”, analizándose el contenido de sendas resoluciones del TS y del TJUE.

Por otro lado, también se hace referencia a: “LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA DE LA COMISIÓN DE APERTURA Y, EN PARTICULAR, EL ANÁLISIS SOBRE SI FORMA PARTE DEL OBJETO PRINCIPAL DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DEBE LLEVAR, TRAS LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020, A LA MISMA CONCLUSIÓN ALCANZADA POR LA STS 44/2019: LA COMISIÓN DE APERTURA ES UN COMPONENTE ESENCIAL DEL PRECIO DEL PRÉSTAMO Y, COMO TAL, ENCAJA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13”; desglosándose las distintas alegaciones de la siguiente forma:

“3.2.1. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del TJUE sobre la naturaleza de la cláusula de comisión de apertura. La plena vigencia de la configuración jurisprudencial de la comisión de apertura como elemento integrante del precio del préstamo.

3.2.2. La comisión de apertura es un elemento principal del precio del préstamo según su propia naturaleza.

3.2.3. La comisión de apertura es un elemento fundamental del precio del préstamo según su configuración normativa”.

El apartado 3.3, se dedica al examen de “LA TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA”, exponiéndose que: “Por ser parte relevante del precio del préstamo, la cláusula de la comisión de apertura ha de estar sometida al control de transparencia sustantiva. Como se verá, satisface tales exigencias, de modo que no cabe enjuiciar su contenido en los términos de los arts. 82 y ss. del TRLCU”; desglosándose las alegaciones de la siguiente manera:

“3.3.1. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del TJUE sobre la transparencia de la cláusula de comisión de apertura.

3.3.2. El consumidor medio está familiarizado con la comisión de apertura, que es de “general conocimiento.

3.3.3. La comisión de apertura es uno de los extremos recogidos en la información precontractual entregada a los clientes y sobre el que versa la publicidad de las ofertas hipotecarias de las entidades.

3.3.4. La comisión de apertura se establece en una estipulación clara, resaltada y separada y se paga en una sola vez en el momento de la concesión del préstamo.

3.3.5. La conclusión de la transparencia de la cláusula de comisión de apertura no se altera por la consideración accesorio de la STJUE de 16 de julio de 2020 de que deba conocerse la naturaleza de los motivos que justifican el cobro de la comisión.

3.3.6. *Conclusión: la cláusula de comisión de apertura es transparente y, aun en el supuesto de que no lo fuera (quod non), ello no es causa suficiente para declarar su nulidad*".

El apartado 3.4. se titula "LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA NO PUEDE REPUTARSE ABUSIVA", llevándose a cabo alegaciones bajo los siguientes epígrafes:

"3.4.1. La improcedencia de basar el juicio de abusividad en la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura.

3.4.2. La realidad de las actividades que justifica el cobro de la comisión de apertura en el presente caso y que descarta su carácter abusivo".

Frente a tales motivos, la parte apelada se opone a lo manifestado por la entidad bancaria alegando, en síntesis, que la parte demandante ostenta la condición de consumidor habida cuenta del destino del dinero prestado en los términos obrantes en la escritura pública firmada que fue adquirir una vivienda para destino vacacional.

En la alegación segunda se defiende el carácter abusivo de la comisión de apertura refiriéndose a la StTJUE de 16/07/2020 y a una sentencia de esta Sección 4ª que transcribe concluyendo con que *"la entidad "BANKIA, S.A." en ningún momento consiguió acreditar a lo largo del presente procedimiento que el importe de 125 € cobrados en concepto de comisión de apertura respondiera a servicios efectivamente prestados por dicha entidad*".

Segundo: Respecto del **concepto de consumidor**, cabe recordar múltiples sentencias esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia en las que se ha pronunciado sobre el concepto de consumidor (entre otras muchas, la de 22 de marzo de 2018, 6 de septiembre de 2018 o 4 de junio de 2020). Según el criterio objetivo o

funcional (auto del TJUE de 19 de noviembre de 2.015), **lo relevante es el destino del bien o servicio contratado, que debe desvelarse atendiendo a las circunstancias del caso.**

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el

supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Pues bien, en la página 10 de 44 del documento nº 2 de la demanda, consistente en la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca de 27/07/2007 consta expresamente el destino del dinero prestado:

II.- Que

Lopez, se dirigieron a la Caja solicitando un préstamo para adquisición de vivienda de uso propio, y, previa la oportuna tramitación, la Caja acordó concederlo sujeto a las siguientes:

-----CL. A U S U I T A S-----

Resulta irrelevante que la vivienda a adquirir no sea la vivienda "*habitual*" de los demandantes desde el momento en que consta que la misma se adquirió para "*uso propio*" lo que permite descartar que tal adquisición forme parte del quehacer profesional de los demandantes; por lo que procede desestimar el primer motivo de la apelación formulada.

Tercero: Pasemos al examen de nulidad de la **comisión de apertura**. Respecto de la abusividad de esta comisión, ya se ha pronunciado esta Sección 4ª de la AP Murcia. Concretamente, en la Sentencia de 14/01/2021 (Rollo 1649/2019) o en la Sentencia de 04/02/2021 (Rollo 848/2019). También el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de 03-09-2020, nº 712/2020, rec. 1982/2019. En esta sentencia ya se dijo por esta Sección 4ª que:

“Sobre esta cuestión este Tribunal se había pronunciado en precedentes sentencias, así en la de 26 julio 2018, declarando la nulidad de la misma por abusiva. Sin embargo, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 enero 2019 que establece que dicha comisión no es abusiva si es transparente, modificamos nuestro criterio interpretativo asumiendo así la referida doctrina jurisprudencial. En la citada STS de 23 enero 2019 se declaraba:

...” la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales 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”.

La citada sentencia del Tribunal Supremo añade...”La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria

prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura ”.

En cambio, la STJUE de 16/07/2020 descarta que la comisión litigiosa forme parte del precio y que sea transparente. En tal sentido dicha sentencia establece que *...“las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan”. Y añade ...“el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario, no implica que sea una prestación esencial de este.”*

A continuación, y al tratar la abusividad, la sentencia del TJUE declara que una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y una entidad financiera puede causar en detrimento del primero un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del mismo... *“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 este caso, respecto de la comisión de apertura, resulta que la parte recurrente considera que forma parte del precio junto con el interés remuneratorio, lo que no puede compartirse por este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia emanada del TJUE en los términos expuestos; resultando que no se ha acreditado los concretos servicios prestados justificadores de la estudiada comisión de apertura.

En el sentido expuesto, y tratando conjuntamente tanto la comisión de apertura como la de *“estudio”*, en aplicación de la St TJUE de 16/07/2020, ya se han pronunciado otras Audiencias Provinciales. Por ejemplo, la AP Barcelona, sec. 4ª, en Sentencia de 19-10-2020, nº 792/2020, rec. 220/2020 cuando en su fundamento de derecho quinto explicó que:

“En cuanto a las cláusulas de comisiones de apertura y de estudio e información es de aplicación la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020,

La STJUE de 16 de julio de 2020 declara:

"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 el presente caso, la demandante no ha probado que estas dos comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos en los que la prestamista haya incurrido, por lo que procede declarar la abusividad de la comisión de apertura y de la cláusula de estudio e información y deducir su importe de la cantidad reclamada a la prestataria..."

Añadir, en todo caso, que más allá de consideraciones genéricas y abstractas, no es desvirtuada la "ratio decidendi" de la sentencia apelada, que no es otra que la falta de prueba de la transparencia de la estudiada comisión, al no constar que estuviera incluida en la oferta vinculante o solicitud de préstamo, al no estar la misma aportada a autos, que impide verificar si se superaba con ello esa exigencia de transparencia.

Cuarto: La desestimación del recurso impide revocar el pronunciamiento condenatorio al pago de las costas de la primera instancia y conlleva la imposición de costas de esta alzada al apelante (art. 398 y 394 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación formulado por BANKIA contra la Sentencia de 22/01/2021, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº. 16 de Murcia en el Juicio Ordinario [REDACTED] debemos confirmar y confirmamos la misma; con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no haber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 tutelar 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.