

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-1-2020-0050512

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 000032/2021-

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA 1020/2023

En Valencia, a 19 de diciembre de 2023

Vistos por mí, [REDACTED], Magistrado en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia, los autos de Procedimiento de Ordinario, iniciado a instancia de [REDACTED], representado por la Procuradora [REDACTED]; contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por el Procurador [REDACTED] y asistida por el Letrado [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de la parte actora, en la representación indicada, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó, en el sentido que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa, se comprobó que subsistía el litigio, por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Por la demandante y demandada se propuso prueba documental, dando por reproducida la acompañada a sus respectivos escritos. Una vez admitidas las pruebas pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC, quedó el juicio concluso para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con relación al análisis de la cláusula de **comisión de apertura**, debe partirse del contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2023, en el que dicho tribunal empieza estableciendo que la comisión de apertura no puede considerarse un elemento esencial de un contrato de préstamo hipotecario y, por lo tanto, está sujeta al control de contenido o abusividad (y no sólo al de transparencia):

*“Pues bien, habida cuenta de la obligación de interpretar de manera estricta el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, **no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito**, según los identifica la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, es decir, por un lado, 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. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de «objeto principal del contrato» todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio, a los efectos de la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 17 de la presente sentencia.”*

Por lo demás, esa misma sentencia subraya (párrafo 31) que la exigencia de transparencia debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 67 y jurisprudencia citada).

Y añade en los siguientes párrafos “32. Ciertamente, de esa jurisprudencia 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 necesario 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 estos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 43).

33. Es jurisprudencia asentada que el carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los

aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuentan la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencia de 16 de julio de 2020, CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 68 y jurisprudencia citada).

(...)

35 A tal respecto, en el apartado 70 de la sentencia de 16 de julio de 2020, CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578), el Tribunal de Justicia puntualizó que incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

(...)

39 Por lo que atañe a la valoración del carácter claro y comprensible de tal cláusula, la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia indica que el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen

40 En esa valoración deben tomarse en consideración, en particular, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 33 de la presente sentencia, el tenor de la cláusula examinada, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario, incluida la que esté obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente, y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

En consecuencia, los elementos a tomar en consideración para efectuar dicho análisis, el TJUE deja sentados los siguientes extremos:

- la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible
- la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional es un elemento pertinente para la valoración del carácter claro y comprensible, al igual que lo es, con carácter general, la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato.
- debe tomarse asimismo en consideración, como información ofrecida por el prestamista en el contexto de la negociación del contrato, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito
- puede tomarse en consideración la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

-la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula.

Y siguiendo con el análisis de la comisión de apertura, en los términos en que se planteó la cuestión prejudicial por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el TJUE, en el apartado 51 de la indicada sentencia, señala que ***“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.”***

Y después de indicar *“que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, (...) incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.”* concluye señalando que *“una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.”*

SEGUNDO.- A raíz de la anterior resolución, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 29 de mayo de 2023, dictó sentencia en el asunto que había dado lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, conteniendo, con respecto a la comisión de apertura, de la que postula un examen individualizado, caso por caso, descartando así una solución unívoca, los siguientes razonamientos, una vez rectificada su doctrina anterior, y sentado definitivamente que la comisión de apertura no forma parte de los elementos esenciales del contrato, en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, por lo que puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente:

“OCTAVO.- Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE. Aplicación al caso

1.- *Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.*

2.- *Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es comprobar si la sentencia recurrida aplica estos criterios establecidos en la sentencia del TJUE para realizar el control de abusividad de la cláusula en la que se recoge la comisión de apertura. Lo que analizaremos a continuación.*

3.- *Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II*

de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.

Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». (...)

5.- En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre dicha base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE

6.- No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.

En concreto, el resto de las comisiones vienen definidas y reguladas aparte, en los siguientes términos: (...)

7.- Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.

8.- De todo lo cual, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva.

En su virtud, este segundo motivo de casación debe ser estimado, puesto que la Audiencia Provincial limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE.

De dicha sentencia del TS parece desprenderse, con relación a la posible nulidad de la comisión de apertura, que el alto tribunal lleva a cabo, en primer lugar, un control de incorporación, verificando que efectivamente la cláusula esté inserta en la escritura de préstamo, de manera clara e individualizada, sin inducir a confusión con relación a su propia configuración y con respecto a otras cláusulas similares.

Y, superado dicho control, pasa a efectuar propiamente el control de transparencia, verificando la información que la parte prestataria tuvo con anterioridad y en el momento de la celebración del contrato. De ese modo, para determinar si la cláusula es clara y comprensible en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, el juez nacional debe:

- a) evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella;
- b) verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen;
- c) comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito; y
- d) valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

Y desde el punto de vista del contenido y a efectos de examinar la posible abusividad de la condición general, el tribunal nacional competente debe comprobar:

- 1) Respecto de la buena fe, que el prestamista tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.
- 2) Respecto del desequilibrio importante, que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo o que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor.

Y así considera, en ese caso, que la parte prestataria tuvo suficiente información pues se *había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.*

TERCERO.- Partiendo de estos criterios jurisprudenciales, y dejando de lado el clásico motivo de oposición referido a la consideración de la comisión de apertura como parte del precio, en la escritura de 5 de diciembre de 2003, el tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“CUARTA.- COMISIONES. Serán de cargo de la parte prestataria en favor de la Caja las siguientes comisiones:

Apertura del UNO por ciento sobre el principal prestado, y pagadera de una sola vez en el momento de realizar la disposición del capital, Mínimo SEISCIENTOS UN euros y UN céntimo (601,01)”

Con relación a la información precontractual proporcionada a la parte demandante por la entidad bancaria, esta no aportó ni la oferta vinculante ni ningún ejemplar de las tarifas de comisiones al que hace alusión el Tribunal Supremo en la referida resolución.

Sin embargo, al no contar en el presente procedimiento con dicho documento no es posible conocer el alcance exacto del mismo, y puede ocurrir, simplemente, que coincidan, terminológicamente hablando, la redacción de la cláusula en ambos documentos, pero ello es insuficiente a los efectos ahora considerados, puesto que se está dilucidando la información que efectivamente se suministró al consumidor.

Sentado lo anterior, no debemos olvidar que la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia ha dicho reiteradamente, en Sentencia 374/2018, de 4 de mayo entre otras muchas, con relación a la cláusula de gastos pero con un argumento perfectamente extrapolable al caso ahora considerado, que de la mera aportación del documento en que se solicita la operación, la simple liquidación de la provisión de fondos, o la entrega de una oferta vinculante (aportadas junto a la escritura de autos), no puede sin más deducirse que las cláusulas atacadas son fruto de la exigida negociación individual, como tampoco de la intervención de Fedatario Público en el otorgamiento.

Y si ello era así en supuestos en que constaba aportada la oferta vinculante, más lo es, si cabe, en supuestos como el presente, en que ni siquiera consta dicho documento, no pudiendo estimarse suficiente, a estos efectos, la mera intervención notarial.

De este modo, no es ya que no se han justificado los servicios efectivos a los que obedecía la comisión que se estaba aplicando, sino que ni siquiera consta cuáles eran esos servicios. Partiendo del hecho de que la comisión de apertura no es parte del precio del préstamo, simplemente no ha quedado acreditado, ni siquiera indiciariamente, que la parte demandada efectivamente prestara ningún servicio que hubiera de ser retribuido, y del que la parte prestataria tuviera debido conocimiento al momento de firmar la escritura.

En los expedientes bancarios debe quedar constancia de la realización de, al menos, los servicios esenciales que a través de esta comisión se retribuyen, tales como un estudio sobre la solvencia del cliente, el análisis de su situación económica, las consultas efectuadas a otras entidades bancarias, la recopilación de documentación, entre otras.

La cantidad y calidad de la información suministrada al consumidor ha sido reiteradamente puesta de relieve por el TJUE en sus distintas resoluciones, pudiendo destacar la reciente STJUE de 13/07/2023, Asunto C-265/22, en los siguientes extremos:

“51 Por lo que respecta, en primer lugar, a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, es preciso recordar que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la

celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose en particular en esa información (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 48 y jurisprudencia citada).

“52 En consecuencia, y dado que el sistema de protección establecido por la referida Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, tal exigencia debe entenderse de manera extensiva (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44 y jurisprudencia citada).

53 Concretamente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible implica que, en el caso de los contratos de préstamo, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51). A este respecto, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se comunicaron al consumidor interesado todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso y que le permitían evaluarlo, en particular, en cuanto al coste total de su préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada).

De este modo, en este caso concreto, de la lectura exclusivamente de dicha escritura pública, no es posible deducir que el prestatario estuviera en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

Esta conclusión es coincidente con la alcanzada por la Sección 8ª de la AP de Alicante, en su sentencia 344/2023, de 22 de junio de 2023, en la que se contienen los siguientes razonamientos, que se comparten íntegramente:

“Nuestra posición ha quedado confirmada con las respuestas dadas en la citada STJUE de fecha 16 de marzo de 2023 (C-565/21) a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo en su Auto de 10 de septiembre de 2021 sobre la comisión de apertura ya que dicho Tribunal concluye que la comisión de apertura no es componente del precio ni, en consecuencia, elemento sustancial del contrato en tanto que la obligación de retribuir los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo y otros servicios similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionados con ocasión de la concesión de un crédito no forman parte del objeto principal del contrato.

Por ello, en contradicción con la doctrina del TS dada en su Sentencia 44/2019, de 23 de mayo, afirma que la comisión de apertura no está incluida entre las excepciones del art. 4.2 de la Directiva 93/13 ni, por ende, del sometimiento al control de contenido. De ahí que el TJUE considere que la cláusula que impone la comisión ha de ser transparente en sentido pleno, o lo que es lo mismo, no basta que la cláusula goce solo de transparencia meramente formal o gramatical si no que la cláusula que impone la comisión, además de ser comprensible gramaticalmente para el consumidor, ha de permitirle conocer el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula y la relación entre la misma y otras cláusulas y en

particular, ha de permitir al consumidor estar "en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él", de donde resulta preceptivo, añade el Tribunal, que "la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto", exigiendo además que "el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen", según el apartado 32.

Por ello se impone al Juez comprobar si la entidad prestamista "ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que éste adquiera conocimiento del contenido y funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo" pues solo así, "el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión", según el apartado 35.

Además, la "notoriedad" de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible, conforme establece su apartado 40.

Y los elementos que el Juez debe considerar para comprobar el carácter claro y comprensible de la cláusula son, además del tenor de la cláusula examinada, la información (incluida la publicidad en relación con el tipo de contrato suscrito incluida) ofrecida por la entidad financiera el prestatario, "teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" (apartado 40), información que, como señala el Tribunal, tiene "una importancia fundamental para el consumidor, pues en función, principalmente de ella, decida si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por un profesional" según el apartado 42. Además, según el apartado 60, sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional.

Por tanto, si tales exigencias informativas las analizamos en el caso que nos ocupa, comprobamos que no se desprende del contrato de préstamo que nos ocupa la transparencia exigida ni desde luego se acredita información alguna dada al prestatario por parte de la entidad financiera sobre naturaleza de los servicios que remunera la comisión ni tampoco permite comprobar si existe "solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen".

La conclusión que alcanzamos es que la cláusula que impone la comisión de apertura es nula por falta de transparencia lo que además la hace abusiva dado que por causa de aquella carencia el consumidor ni puede valorar si los servicios proporcionados como contrapartida se han prestado efectivamente ni si el importe que debe abonar es o no proporcionado con el importe del préstamo, provocando desde esta perspectiva que la cláusula cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, habiéndose exigido su pago sin cumplir las exigencias de la buena fe.

Procede por ello, en aplicación de la doctrina establecida por el TJUE, desestimar esta alegación del recurso y confirmar la nulidad de las cláusulas sobre la comisión de apertura y, consiguientemente, tampoco procede restituir las cantidades abonadas en virtud de las referidas comisiones.

En definitiva, exclusivamente de la escritura pública no es posible conocer las razones y circunstancias que determinaban que la entidad bancaria iba a cobrar una determinada suma en

concepto de comisión de apertura, ni deducir lógicamente que el prestatario tuvo debido conocimiento.

Y la acreditación de dichas circunstancias incumbe a la entidad bancaria tal y como se desprende necesariamente de la sentencia del TJUE de 16.7.20 (C-224/19 y C-259/19) que resulta concluyente declarando:

" i) que la comisión de apertura no está incluida entre las prestaciones esenciales del contrato pues se trata de una cláusula de carácter accesorio; ii) 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 y iii) que debe ser objeto también del control de transparencia formal (redactada de forma clara y comprensible),

"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."

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo necesariamente ha de ser interpretada a la luz de la totalidad de la jurisprudencia del TJUE, y este último tribunal viene manteniendo de manera constante e inequívoca que la valoración de la posible abusividad no puede hacerse de manera meramente formal, ateniéndonos a lo que aparece en la escritura pública, sino que son esenciales las explicaciones ofrecidas al consumidor, de manera que quede meridianamente claro que este comprendía, en el caso concreto, todas las circunstancias y consecuencias jurídicas y económicas que iban a derivar para él de la celebración del contrato de préstamo.

En consecuencia, la cláusula se reputa abusiva y nula, y la entidad deberá restituir su importe (que consta claramente en la escritura, así como que se satisfacía en ese mismo acto) al actor, con más los intereses reclamados, al tipo legal del dinero desde la fecha del pago (la de la escritura) hasta la de la demanda.

Por lo demás, discutir el importe reclamado o su efectivo pago carece de sentido, habida cuenta que su importe constaba expresamente en la referida cláusula, siendo práctica bancaria habitual que se cargara en la cuenta del cliente el mismo día de la formalización de la escritura, sin que conste incidencia alguna en su cobro.

CUARTO.- En relación a la pretensión de nulidad de la **cláusula de interés moratorio**, a la misma hace referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9ª) de 30 de enero de 2019, en su Fundamento Jurídico Sexto que señala:

"Sobre esta cláusula se ha pronunciado en numerosas ocasiones esta Sala, por todas, reproducimos la SAP Valencia, Sec. 9ª, de 24 de noviembre de 2016 (rollo 1865/2016), que reproduce la SAP Valencia, Sec. 9ª, de 29 de julio de 2015 (ROJ: SAP V 3256/2015): " Sí hemos de acoger el recurso y la demanda en cuanto a la cláusula de intereses moratorios plasmada en la escritura de 5-12-06, como cláusula 3.9, que fija aquellos en el 19,00% nominal anual, sin otra precisión. El interés legal en la anualidad en que se contrató era el 4% que, por otro lado,

ha sido el usual en las últimas anualidades. Así pues, aplicando el criterio establecido hoy en el artículo 114 LH (RCL 1946, 886) , que aunque no fuera aplicable -en su redacción actual- al tiempo de la contratación, sí puede ser utilizado como criterio interpretativo a los efectos de valoración del desequilibrio o la desproporción del fijado, nos encontramos que el interés establecido en el contrato como moratorio casi alcanza el quíntuplo del legal , lo que evidencia una desproporción palmaria, que, además, no cabe moderar, pues, como resultado de la nulidad que se propugna y a la que se da lugar, es cláusula que no procede moderar, al apreciar su carácter abusivo y desproporcionado, debiendo expulsarse del contrato, sin que produzca, en su caso, efecto alguno. No cabe, en esta sede, argumento alguno relativo a su falta de aplicación, pues el análisis que aquí se efectúa es de carácter estrictamente jurídico y al margen de su concreta aplicación o no (es obvio que si no hay incumplimiento, tal cláusula nunca llegaría a aplicarse). La escueta fundamentación de la sentencia en tal sentido, si bien es cierta -no era inusual tal cláusula al tiempo de la contratación-, no excluye su análisis a luz de las distintas resoluciones emanadas del TJUE, de carácter vinculante, y del propio TS, siendo indudable la condición de consumidores de los demandantes, y siendo la vivienda el objeto del contrato controvertido. Se acoge, pues, el recurso planteado en tal aspecto ".

Esta condición, en términos similares y en un préstamo hipotecario, ha sido resuelta por la STS de 23 de diciembre de 2015, que desestima el recurso de casación planteado contra la sentencia que declaraba la nulidad de esta cláusula. También se resuelve en el mismo sentido en la STS de 18 de febrero de 2016, y la doctrina contenida en estas sentencias ha sido aplicado por esta Sala reiteradamente, por todas Auto de 30 de marzo de 2016 con una motivación detallada y minuciosa.

Pues bien, la reciente STS de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2401/2016) hace un compendio de la jurisprudencia recaída respecto la declaración de nulidad por abusividad de esta cláusula, y procede a fijar doctrina en los siguientes términos: ...

la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato)...

es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización desproporcionadamente alta. De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es "el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento...

...En conclusión, toda cláusula de intereses de demora que fije un interés superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos se considera abusiva y debe ser declarada nula. Y ello con independencia que respete el límite legal fijado en el art. 114 LH , pues interpreta esta jurisprudencia que lo relevante es que el interés de demora imponga una indemnización o sanción por el retraso en el pago que resulte desproporcionada y ello resulta desproporcionado aunque respete el límite de esa norma cuando el interés de demora es superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos."

En el presente supuesto, atendido el contenido de la cláusula de la escritura de préstamo que establece un interés de demora de 25% (cláusula 6ª), procede en consecuencia la declaración de nulidad de dicha cláusula, teniéndola por no puesta.

QUINTO.- IRPH. Con relación a esta cláusula, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.017, declarando la validez del IRPH, de modo que, aplicando dicha doctrina, ya se puede adelantar que la pretensión anulatoria no puede prosperar.

De la referida sentencia cabe extraer los siguientes pasajes que dan respuesta a todas las cuestiones planteadas, tanto fácticas como jurídicas, puesto que al igual que en aquel caso, se plantea la pretensión principal de nulidad del índice IRPH por considerar que dicha cláusula debe reputarse abusiva por tratarse de una cláusula sometida al arbitrio de una de las partes y por no superar los controles de transparencia.

Parte el TS de que *"no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal"*

Añade el Alto Tribunal que:

"1.- Los intereses remuneratorios del préstamo, objeto de pacto conforme a los arts. 1755 CC y 315 CCom, constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia, sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación", distinguiendo en cuanto al sistema de determinación del tipo de interés remuneratorio el interés nominal fijo, que suele ser un porcentaje, y el interés variable y en cuanto al variable que se establecen "dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato. El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo. El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euribor o el ahora cuestionado IRPH); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen."

Respecto a los tipos de referencia, cuando el prestatario es consumidor, el art. 85.3 TRLGCU permite las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés cuando se encuentren adaptados a un índice, "siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna". Después, la sentencia hace un recorrido por la historia normativa del tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH.

A partir de aquí se señala en la sentencia que *"Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan*

índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio."

Respecto al Control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH, dice el Tribunal Supremo que " 1.- Como hemos visto, el IRPH -Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

2.- En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13 . Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: "considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo".

3.- No puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

4.- En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH - Entidades, que ha sido fijado conforme a

disposiciones legales. Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

Se añade que para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH -Entidades) " habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor.

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

Admitiendo que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH , dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, pues no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH . Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que

supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

Además, los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.

El Tribunal Supremo rechaza que se pueda hacer un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado.

El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I- 2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU).

No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.

Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último.

Como consecuencia de todo lo expuesto, concluye el Tribunal Supremo, que la cláusula controvertida superaba el control de transparencia."

De este modo, aplicando tal doctrina, debe considerarse que dicha cláusula es plenamente válida, por lo que se desestima íntegramente la pretensión relativa a su nulidad, incluidas las pretensiones subsidiarias relacionadas. No se justifica en la demanda ninguna razón por la que debe considerarse nula la imposición de un diferencial adicional al IRPH o el establecimiento de un tipo sustitutivo, por lo que deben igualmente desestimarse.

SEXTO.- Prescripción de la acción de restitución. A propósito de esta alegación de la parte demandada, dicha excepción debe ser desestimada, para lo cual cabe traer a colación, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 22/11/2022, recurso 1831/2021, en la que se contienen los siguientes razonamientos:

"En relación con el plazo de prescripción de la acción para lograr la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de una cláusula abusiva, la STS de 20 de enero de 2020 estableció lo siguiente: " Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 Código Civi, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años) surtiría efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años:

1º.- Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de la nueva Ley.

2º.- Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de quince años previsto en la redacción original del art. 1964 Código Civil.

3º.- Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 Código Civil, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020

4º.- Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 Código Civil".

Por lo tanto, cuando se celebra el contrato objeto de autos, préstamo hipotecario de 27 de diciembre de 2002, el plazo de prescripción es de 15 años, por aplicación de la DT 5ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC 1/2000.

Determinado el plazo de prescripción, la siguiente cuestión a analizar es la relativa al día inicial de cómputo, y al respecto, el Tribunal Supremo, como consecuencia de diversos pronunciamientos del TJUE, ha descartado que el día inicial del plazo de prescripción de este tipo de acciones sea el día de la celebración del contrato o la fecha en que se hicieron los pagos indebidos, y considera que quedan sólo dos opciones:

a) que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula; y

b) que el día inicial sea la fecha de las sentencias del TS que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019) o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA

Ambos criterios le plantean dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, motivo por el que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 22 de julio de 2021, que se encuentra en trámite con el número C-561/2021. La primera de las opciones considera que puede ser contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas. La segunda de las opciones, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia.

En cualquier caso, el criterio sostenido por esta sección 9 de la AP de Valencia sobre el día inicial del cómputo, desde la sentencia de 1 de febrero de 2018, que atendía a que el plazo de 15 años establecido en el art. 1964 CC, en la redacción anterior a la Ley 42/2015, debía contarse desde la fecha de pago de cada gasto ha sido descartado. Este criterio seguido por la Sala, en su momento, es más restrictivo que el que parece imperará una vez resuelta la cuestión prejudicial, dado que las dos opciones planteadas por el Tribunal Supremo parten de que el día inicial del cómputo de la prescripción sea el de la propia sentencia declarativa de la nulidad, o, en su caso, desde la STS de 23 de enero de 2019 o desde las SSTJUE de 9 de julio de 2020,

Raiffeisen Bank, S.A., o de 16 de julio de 2020, Caixabank, S.A., (obviamente, muy posteriores al día de los posibles pagos de las cantidades reclamadas)

Atendido a lo expuesto, a pesar del planteamiento de la cuestión prejudicial y las opciones planteadas por el Supremo, así como descartado definitivamente que el día inicial del cómputo sea la fecha de los pagos, las circunstancias concretas del caso nos permiten concluir que la acción de restitución planteada no se encuentra prescrita. Y así, en el caso de autos, la escritura de préstamo hipotecario se suscribió el 27 de diciembre de 2002; las facturas que se aportan con la demanda relativas a los gastos objeto de reclamación (documentos 2 a 5) se encuentran fechadas entre diciembre de 2002 y febrero de 2003; y consta la existencia de una reclamación extrajudicial en noviembre de 2017 (doc. 6 de la demanda).

Lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión de que, aún en el caso de que aplicásemos el criterio que ha seguido esta Sala desde el 2018, y mucho menos si nos acogemos a cualquiera de las dos opciones planteadas por el Tribunal Supremo, no podemos apreciar que la acción de restitución haya prescrito y por lo tanto procede la desestimación del recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.”

SÉPTIMO.- Descartada la excepción de prescripción y declarada la nulidad de las cláusulas, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas"

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en SS de fecha 23 de enero de 2019, “No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.”.

En el presente únicamente se reclamó la restitución de la cuantía abonadas en concepto de comisión de apertura, por lo que deberán restituirse 965 €

A dicha cantidad se le añadirá el interés legal desde el pago de la misma por el consumidor.

OCTAVO.- En materia de costas, y a pesar de la parcial estimación de la demanda, procede su imposición a la demandada, en aplicación del artículo 394 LEC.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 96/2023, de 25 de septiembre de 2023, consideró de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al señalar el deber de los Estados de proporcionar medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, preceptos que han sido interpretados por el TJUE, destacando las SSTJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados CY y Caixabank, SA; y LG y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA; C-224/19 y C-259/19, y de 7 de abril de 2022, asunto EL, TP y Caixabank, SA.

En estas sentencias se dice que es incompatible con el principio de efectividad de la citada Directiva un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales de un procedimiento en el que se haya estimado la pretensión principal sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la citada directiva, a un control efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, perspectiva que ha sido asumida por la STC 156/2021, de 6 de septiembre.

En la misma igualmente destacó que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las sentencias 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de julio, también ha excluido, de forma específica, que en los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la demanda del consumidor resulte estimada, pueda aplicarse la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho. Porque de aplicarse dicha excepción no se restablecería la situación de hecho y de derecho del consumidor que se habría dado si no hubiera existido dicha cláusula y se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas.

Así, la Sala Primera del TC concluyó que se había vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al imponer parte de las costas al demandante que había obtenido la nulidad de alguna de las cláusulas de un contrato en el que participa un consumidor. En la práctica ello impone que, incluso en caso de estimación parcial o allanamiento, sea la entidad financiera la obligada al pago de las costas.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED]
[REDACTED] frente a BANCO SABADELL, S.A. y, en consecuencia:

- 1) DECLARO NULA las cláusulas de comisión de apertura (4ª) y la de intereses de demora (6ª) en la escritura de fecha 5 de diciembre de 2003 y,
- 2) CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de: Comisión de apertura 965 €, más intereses legales desde su pago y los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.
- 3) DESESTIMO las restantes pretensiones ejercitadas en este pleito.

Con imposición de costas a la demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal.

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de **apelación** contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.