

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-1-2023-0020980

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 000286/2023-6

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. BBVA SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 54/2024

En Valencia, a 25 de enero de 2024.

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], representada por el Procurador [REDACTED] y asistido por la dirección **Letrada de D. Marcos Vale Santos;** contra la entidad BBVA, 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 la 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 la demanda rectora de estos autos, interesa primeramente la parte demandante frente a la entidad demandada que se declare la nulidad de **la cláusula de intereses de demora** de las estipulaciones financieras de la escritura pública otorgada en fecha 28 de diciembre de 2007, por ser de naturaleza abusiva, establecida sin negociación, y que causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Y todo ello en base a lo dispuesto en el art. 83 y 89.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con art. 5, 7 y 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La parte demandada, en la contestación a la demanda, se allanó íntegramente a esta pretensión.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cláusula de intereses de demora, al control al que puede ser sometida y al análisis del carácter abusivo, atendido el contenido del escrito de contestación a la demanda, en el sentido de que se allanaba a la declaración de nulidad de dicha cláusula, cabe traer a colación el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual:

“1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.”

En este caso, nada impide acoger el allanamiento de la entidad bancaria en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora al no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el citado precepto.

TERCERO.- 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.”

CUARTO.- 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 rectificadas 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.*

QUINTO.- 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, el tenor literal de la cláusula de la escritura pública de 28 de diciembre de 2007, es el siguiente: *“Este préstamo devenga una comisión de apertura del CERO coma SESENTA POR CIENTO (0,60%), sobre el capital total del préstamo, con un mínimo de SEISCIENTOS EUROS (€600), que se liquida y se abona en este acto por la parte prestataria al Banco, mediante cargo que éste hace de su importe en la cuenta corriente abierta a nombre de aquélla”*

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, y que el Notario indicó que se entregaba a la parte deudora en el momento de la firma.

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. Descartado que la comisión de apertura forme parte del precio del préstamo, no ha quedado acreditado, ni siquiera indiciariamente, que la entidad financiera hubiera prestado efectivamente unos servicios que hubieran de ser retribuidos, y de los que el prestatario 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. Partiendo del hecho de que la comisión de apertura no forma parte del precio del préstamo, no consta, ni siquiera indiciariamente, que la entidad financiera efectivamente prestara unos servicios que hubieran de ser retribuidos.

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, y dado que como era práctica bancaria habitual, se cargaba en la cuenta donde se hacía abono del capital del préstamo, sin que conste incidencia alguna en cuanto a su cobro.

SEXTO.- Sobre la **prescripción de la acción restitutoria** alegada por la demandada, debe descartarse tal excepción. A este respecto dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, del 28 de julio de 2023:

Respecto de la prescripción, señalar que tras la STJUE de 9 de julio de 2020, en los asuntos C-698/18 y C-699/18 y posteriores STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19, STJUE de 22 de abril de 2021, y STJUE de 10 de junio de 2021, en los asuntos acumulados C-776/2019 y C-782/19, está fuera de discusión que la acción declarativa de nulidad de la cláusula abusiva es imprescriptible y que la acción para lograr la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de una cláusula abusiva está sometida a plazo de prescripción.

De este modo, el objeto de discusión es la determinación del día inicial del plazo de prescripción de este tipo de acciones. A este respecto, el auto del Pleno del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 plantea una cuestión prejudicial al TJUE y en su FD 5º, establece: "(...) que en la STJUE 16 de julio de 2020, Caixabank SA y BBVA, apartado 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza "desde la celebración del contrato".(...)El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el "enriquecimiento indebido" o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19 , apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad. E igual sucede respecto de un plazo que comienza a correr con el cumplimiento íntegro del contrato: STJUE de 9 de julio de 2020 , Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75"

Si, conforme a dichos pronunciamientos previos del TJUE, descartamos la solución consistente en que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva sea compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, quedarían dos opciones: Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el 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. Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción.

Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, 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.

Por lo tanto, de dicho auto podemos extraer las siguientes consideraciones: i) el dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no puede fijarse ni en el día de celebración del contrato ni en el día en que se realizaron los pagos indebidos; ii) el dies a quo puede fijarse en la fecha en que se declara la nulidad de la cláusula o en la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios.

Expuesto lo anterior, consideramos que la acción para reclamar sólo nace a raíz de que se declara la nulidad de la cláusula, dado que al igual que señala el Tribunal Supremo en el citado auto, consideramos que exigir al consumidor medio el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia, puede ser contrario al principio de efectividad.

Partiendo de lo anterior **la acción objeto de estudio no estaría prescrita, dado que el dies a quo debe computarse desde la declaración de nulidad de la cláusula de gastos.**

Esta interpretación que hace la Audiencia Provincial de Madrid parece además conforme con la Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, resolviendo las cuestiones prejudiciales acumuladas C-810/2021 y C-813/2021, que dice “que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos. La compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas.”

También añade esta Sentencia del TJUE “que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella”

SÉPTIMO.- En materia de costas, procede su imposición a la parte 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 la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a BBVA, S.A. y, en consecuencia:

- 1) DECLARO NULAS la cláusula relativa al intereses de demora y la de comisión de apertura, contenidas en la escritura de fecha 28 de diciembre de 2007; y
- 2) CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de: comisión de apertura 743,48 €; 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.

Con imposición de costas a la parte 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.