

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 bis VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 5ª

**TELÉFONO:** 96-192-90-91

N.I.G.:46250-42-1-2023-0021910

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 000933/2023-MJ3**

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

**SENTENCIA Nº 863/2024**

**JUEZ QUE LA DICTA:** D/Dª [REDACTED]

**Lugar:** VALENCIA

**Fecha:** diecisiete de abril de dos mil veinticuatro

Demandante: [REDACTED]

**Abogado: VALE SANTOS, MARCOS**

Procurador: [REDACTED]

Demandado: BANCO SANTANDER SA

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 000933/2023

**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 subsiste 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, documental por reproducida la acompañada a sus respectivos escritos. Una vez admitidas las pruebas pertinentes, por las partes se indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429,8 LEC, queden los autos para sentencia, lo que así se dispuso y quedó el juicio concluso para dictar sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Con la demanda rectora de estos autos, interesa la parte demandante [REDACTED] frente a BANCO SANTANDER SA, que en relación a la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada en fecha 26/04/2012 (documento 2) se declare la nulidad de las cláusulas de comisión de apertura (4ª.1) y de interés de demora (6ª), por ser contrarias a las exigencias de la buena fe y código de buenas prácticas frente al consumidor, ser condición general de la contratación, abusivas y desproporcionadas, haberse establecido con falta de transparencia, en ausencia de negociación y no ser informada por el notario sobre la disposición de estas cláusulas, instando a ser reintegrada en la cantidad

abonada por la comisión de apertura (630€), más intereses ordinarios.

La parte demandada defendió, esencialmente, la validez de la cláusula de comisión de apertura, poniendo de manifiesto que formaba parte del precio, siendo un elemento esencial del contrato, y que se correspondía con servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Discrepó de la fijación del proceso como de cuantía indeterminada, de la condición de consumidor del demandante, y alegó la existencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción.

En este sentido, la doctrina del "retraso desleal" denominada por los autores germánicos "Verwirkung", y que ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( STS de 21 de enero de 1965 , 21 de mayo de 1982 , 6 de junio de 1992 , 13 de julio de 1995 , 2 de febrero de 1996 y 4 de julio de 1997 , citadas todas ellas en el Auto de dicho Tribunal de 26 de enero de 1999 ), afirma que infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo pensar que no iba a actuarlo, vulnerando las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de transcendencia determinan que dicho ejercicio se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico; o, en otras palabras, el retraso en el ejercicio de la acción implica actitud desleal cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que ya no se va a ejercitar, habiéndose producido acomodación a la actitud resultante de tal conducta pasiva.

En definitiva, esta institución exige, para su prosperabilidad, tres requisitos: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un largo período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado, ninguno de los cuales se da en el caso de autos por cuando el tardío ejercicio de la acción, pero dentro del plazo legal, no es significativo ni revelador de una voluntad del acreedor de abstenerse de demandar ni pudo crear expectativa alguna en la entidad prestamista.

En consecuencia, el presente ejercicio no puede conceptuarse como retraso desleal en los términos pautados por la sentencia del Tribunal Supremo 243/2019, de 24 de abril, cuando declara: " La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990), por lo que el motivo ha de decaer.

Por otro lado, relacionado con la cuantía se alega lo que puede interpretarse como defecto legal en el modo de formular la demanda por haberse presentado la misma como si de un procedimiento de cuantía indeterminada se tratara, debiendo estarse en cambio a la cuantía reclamada. La actora hace alegación al respecto en su escrito presentado.

Pues bien, atendiendo a tal argumento, debe indicarse que el control de oficio de la cuantía del procedimiento por la clase de juicio a que se refiere el art. 254 Lec, y la impugnación de la cuantía del mismo de conformidad con el art. 255 Lec en el ámbito del juicio ordinario, se refieren a la incorrección del procedimiento a seguir o en orden al recurso a que se hace referencia, circunstancias estas que no concurren en el presente procedimiento.

Además, tal cuestión ya ha sido resuelta por las Audiencias Provinciales y en concreto citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 26 de abril de 2.018 que resuelve señalando que en las demandas en las que se ejercita una acción de nulidad de cláusulas en contratos de préstamos, fijar la cuantía como indeterminada es ajustada a derecho, siendo independiente los efectos económicos que tal declaración de nulidad conlleve, ya que, esto sería una consecuencia de la acción principal, al no encontrarnos en ningún supuesto de acumulación de acciones previsto en el art. 252.2 Lec.

**SEGUNDO.-** La primera cuestión a examinar guarda relación con la condición de la parte demandante, es decir si, con relación a las operación examinada, ostentaba o no la condición de consumidor.

La parte demandada opuso que en dicha operación el demandante no intervino como consumidor, por lo que no gozaría de la protección solicitada.

Con relación a esta cuestión, ciertamente se puede partir de una presunción iuris tantum de que una persona física tiene la condición de consumidor. No obstante, si la parte contraria pone en duda que esa persona sea un consumidor, parece claro que quien tiene mayor facilidad para acreditar el destino del dinero recibido, es el prestatario.

El AAP de Tarragona de 17 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APT:2020:1297A) recuerda que la doctrina mayoritaria ha considerado que corresponde a quien alega la condición de consumidor la carga de acreditar dicha condición:

*"En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª), sentencia 5 de mayo de 2015: "Pero tal principio no es extrapolable a la carga de la prueba sobre la condición de consumidor, que corresponde a quien la alega. Así, conforme al artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al actor la carga de probarla certeza de los hechos (en este caso la condición de consumidor) de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables (en este caso la normativa protectora de consumidores y usuarios) el efecto jurídico correspondiente a la demanda (en este caso la declaración de nulidad de la cláusula suelo)".*

*La Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª), sentencia 19 de octubre de 2017: "Al no acreditar el actor que en él concurriera la condición de consumidor, de hecho ni se ha opuesto al recurso de apelación planteado por la entidad financiera, debemos considerar que suscribió el contrato en el ámbito de su actividad empresarial y, en consecuencia, no le es de aplicación la normativa protectora de los consumidores y usuarios".*

*También la sentencia de la AP de La Coruña de 20 de enero de 2017 dice: "...las reglas sobre distribución de la carga probatoria ( Artículo 217 de la LEC ) deben operar plenamente, de modo que si no queda finalmente demostrado que el demandante intervino en el contrato con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, el tribunal no podrá examinar la validez de la cláusula desde la perspectiva de las normas represoras de la abusividad de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, ni del más específico control de transparencia de tales cláusulas en cuanto referidas a elementos esenciales del contrato".*

*La AP Málaga (sección 5ª), en auto de 18 de septiembre de 2017: "En cualquier caso es que la cualidad de consumidor en el ejecutado, es una cuestión de hecho, presupuesto de aplicación de la normativa sectorial de tutela en su favor, que no solo debe ser alegada o sostenida por el mismo, sino que además le incumbe la carga de la prueba sobre ella, como hecho positivo que le beneficia y en virtud del principio de facilidad probatoria (art 217 LEC)".*

*También se defiende esta postura en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 9 de enero de 2018, con cita de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2016 así como en la SAP de Asturias de 23 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APO:2020:3726) o el AAP de Lleida de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:535 A), que explica: "desde la perspectiva de la carga de la prueba y las consecuencias derivadas de la insuficiencia probatoria(...) son los prestatarios los que alegan la condición de consumidores, que constituye la premisa básica para la aplicación de la normativa protectora que invocan y en la que fundan su oposición, lo cual exige justificar previamente no sólo el marco subjetivo sino también el objetivo, siendo los prestatarios los que se encuentran en mejor posición para demostrar el concreto destino de las cantidades recibidas, por aplicación de las normas generales sobre carga de la prueba y del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217-1 , 2 , 3 y 7 de la LEC). Compartimos en este sentido el criterio mantenido por la SAP de Pontevedra, sec. 1ª de 30-9-2016 cuando argumenta que: "... ha existido una especie de presunción, a falta de prueba sobre la cuestión, de la condición de consumidor de prestatarios personas físicas. Sin embargo, es lo cierto que los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, de forma que si se ejercita una acción de nulidad de condiciones generales por abusivas fundada en la condición de consumidor, esta también debe acreditarse especialmente en supuestos en que ha quedado acreditado el aparente destino empresarial y mercantil del crédito objeto de la póliza, (en este sentido AAP Pontevedra, sección 1ª, de 3 diciembre 2015 o 21 enero 2016, o SAP Pontevedra, sección 1ª, de 19 enero 2016 ).*

*No puede exigirse una prueba de un hecho negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que obró con fines de consumo privado, que la finalidad en este caso del préstamo era para su aplicación en el ámbito de este consumo privado, prueba que está al alcance de quien ha dispuesto y destinado el bien o servicio adquirido mediante el contrato cuyas cláusulas se cuestionan, atendiendo al principio de disponibilidad y de facilidad probatoria (art.217 LEC).*

*Debe tenerse en cuenta que es la finalidad del préstamo lo que determinará la condición de consumidor o de empresario. Es el destino del objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, lo que determina la no inclusión en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores, como señala la STS de 22 de abril de 2015. (...)*

*Cuando está en cuestión la condición de consumidor, los problemas en materia probatoria no tienen otra solución que la aplicación de las reglas generales en la materia recogidas en el art.217 LEC, y*

*especialmente los principios de facilidad y disponibilidad que contempla. Puede entenderse que una entidad financiera que se dedica profesionalmente a este tipo de operaciones, y con mayor motivo en la actualidad en que su participación en un crédito responsable exige examinar la concreta situación del cliente, y que ello debe dejar constancia de elementos que indiquen su solvencia y la actividad que desempeña en el mercado, por lo que seguramente podrá aportar datos al proceso. Pero la carga de la prueba no puede residenciarse ni única ni principalmente en dicha entidad, cuando quien se encuentra en una situación inmejorable para acreditar el destino del préstamo es el propio prestatario, siendo precisamente ese destino lo que determinará la calificación como empresarial, profesional o de consumo, de la actividad a que se destina y, en consecuencia, de quien lleva a cabo la misma, el prestatario.*

*A fin de valorar el principio de facilidad probatoria, también puede tomarse en consideración que las entidades financieras, que suelen ser los profesionales del crédito, están sometidas a unas normas que las obligan a evaluarla solvencia del prestatario (así art. 18 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios , o art. 14 Ley 16/2011, de 24 de junio , de contratos de crédito al consumo). Pero, salvo supuestos concretos, con carácter general no deberá ser definitiva esta información cuando quien se encuentra normalmente en mejor disposición para acreditar el destino del crédito será quien ha dispuesto precisamente de él, es decir, quien invoca para si la condición de consumidor." (...).*

*El mismo criterio siguen otras muchas resoluciones de la Jurisprudencia menor, como el AAP de Barcelona, sec. 19ª, de 13-6-2017 , que recoge a su vez el del AAP de Málaga , sec. 5ª, de 31-10-2016 en el sentido que: "En cualquier caso es que la cualidad de consumidor en el ejecutado, es una cuestión de hecho, presupuesto de aplicación de la normativa sectorial de tutela en su favor; que no solo debe ser alegada o sostenida por el mismo, sino que además le incumbe la carga de la prueba sobre ella, como hecho positivo que le beneficia y en virtud del principio de facilidad probatoria ( art. 217 LEC )", y el de la SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 19-10-2016 según la cual: "... las circunstancias de la operación, y las personales de los fiadores, extremos todos ellos cuya carga probatoria pesa sobre los demandados, únicos interesados en un pronunciamiento favorable a su condición de consumidores..."*

*Sentados los extremos anteriores, con relación a la cuestión suscitada por la parte demandada, según se desprende de la documentación aportada con la demanda, en particular de la escritura de 26/04/2012, en garantía del préstamo hipotecario se gravó con el derecho real de hipoteca una finca adquirida por el demandante con anterioridad a dicha fecha, y que además constituía su residencia habitual, no constando pues ningún fin especulativo.*

*De todo ello, cabe concluir que la parte demandante ostentaba la condición de consumidor en la operación examinada, pues tampoco consta ningún fin industrial ni empresarial al dinero solicitado.*

**TERCERO.- En 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 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 "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 cuanto a 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.

**QUINTO.-** 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. 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.*

Partiendo de estos criterios jurisprudenciales, y dejando de lado el primer motivo de oposición de la entidad bancaria, referido a la consideración de la comisión de apertura como parte del precio, en la escritura de 26/04/2012, el tenor literal de la cláusula es el siguiente:

*“CUARTA. - Comisiones*

*El BANCO percibirá, en concepto de comisión de apertura, la cantidad de seiscientos treinta euros (630,00 €), devengada y a satisfacer por la parte prestataria de una sola vez, al formalizarse esta operación.”*

Con relación a la información precontractual proporcionada a la parte demandante por la entidad bancaria, esta no aportó ningún documento relacionado con la operación examinada.

No hay constancia, pues, de ninguna oferta vinculante, ni de ningún folleto de tarifas, a los que el TS hizo referencia en su resolución.

Sí consta que el Notario comprobó que no había discrepancias entre la oferta vinculante que al parecer se entregó a la parte prestataria y la escritura pública, pero al no contar con dicha oferta vinculante no es posible conocer el alcance exacto de esa falta de discrepancias y puede suceder, como viene siendo habitual, que simplemente coincidieran la redacción de la cláusula y el importe en uno y otro documento, pero ello es manifiestamente insuficiente a los efectos ahora considerados, pues no hay ningún elemento más del que quepa deducir que el consumidor fue debidamente informado, que es lo realmente relevante.

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.

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.

En los expedientes administrativos 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:

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 estuvo en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan 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 comparto 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 derivan 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 adquiriera 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 al 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 este sentido, hay dos últimas circunstancias a reseñar: la primera, que se desconocen las razones por las que el importe de la comisión habitualmente depende del importe del principal, cuándo lo que supuestamente se están retribuyendo son los servicios prestados por la entidad financiera, y estos, en principio, son prácticamente idénticos en la mayor parte de las operaciones de préstamo; y la segunda, que no consta que se hayan cobrado comisiones de apertura en supuestos de denegación de operaciones de financiación, pese a que, lógicamente, se habrán prestado esos mismos servicios.

En consecuencia, la cláusula se reputará 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.

**SEXTO.-** 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): " Si 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 quintuplo 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 10 puntos por encima del interés remuneratorio, procede en consecuencia la declaración de nulidad de dicha cláusula, teniéndola por no puesta.

**SÉPTIMO.-** En materia de costas dada la estimación íntegra de la pretensión, se produce la imposición a la parte demandada.

### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a CAIXABANK SA debo declarar y declaro nulas las cláusulas de interés de demora y de **comisión de apertura** contenidas en la escritura pública de fecha 26/04/2012, condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de 630 euros en concepto de comisión de apertura, más intereses legales desde su pago, con imposición de costas a la demandada.

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

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal (455 LEC).

Para lo interposición del referido recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 €) que deberá ser consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial aportando constancia documental del mismo. No se admitirá a trámite el recurso si no se ha constituido el referido depósito (Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ).

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe