

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.:46250-42-1-2021-0034853

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 003161/2021-M1

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 1120/2024

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª [REDACTED]

Lugar: VALENCIA

Fecha: catorce de mayo de dos mil veinticuatro

Demandante: [REDACTED]

Abogado: PARDÓ DE VERA MORENO, MIGUEL

Procurador: [REDACTED]

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 003161/2021

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 BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, que en relación a la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada en fecha 23/11/2010 (documento 1) se declare la nulidad de la cláusula de comisión de apertura contenida en la citada escritura pública, por ser contraria a las exigencias de la buena fe y código de buenas prácticas frente al consumidor, ser una condición general de la contratación, abusiva y desproporcionada, 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 que fue abonada, más intereses ordinarios. Se solicitaba igualmente la nulidad, por abusiva, de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras (cláusula 4ª.4).

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, respecto de las cláusulas controvertidas, mantuvo su plena validez y eficacia. Defendió, especialmente, 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.

También alegó la parte demandada la existencia de otro procedimiento relacionado con la misma escritura pública, pero no ejercitándose en ambos la misma pretensión respecto de las mismas cláusulas, nada obsta la continuación del presente.

SEGUNDO.- 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.”*

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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 23/11/2010, el tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“4ª COMISIONES

Serán a cargo de la parte prestataria, además de los Gastos de la cláusula correspondiente y el resto de obligaciones pactadas, las siguientes comisiones: ----

4.1. Comisión de apertura. -----

Este préstamo devenga una comisión de apertura del 1% sobre el capital total del préstamo (con un mínimo de 600 EUROS), que se liquida y se abona en este acto por la parte prestataria al Banco, mediante cargo que este hace de su importe en la cuenta corriente abierta a nombre de aquella. -----”

Con relación a la información precontractual proporcionada a la parte demandante por la entidad bancaria, esta no aportó ningún documento del que quepa inferir la calidad y cantidad de la información suministrada al consumidor.

Tampoco consta que el Notario comprobara que no existían discrepancias entre la oferta vinculante y la escritura.

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.

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 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 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 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 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.

QUINTO.- Respecto de la posible nulidad de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras, la parte demandada se opuso a dicha pretensión, postulando su validez.

A este respecto, debe atenderse a lo señalado en la Sentencia de 22 de diciembre de 2022 de la Sección 9ª de la Audiencia provincial de Valencia, que señala:

"Delimitado en síntesis el objeto de apelación, debe inicialmente destacarse que la abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras ha sido examinada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 566/2019, de 25 de octubre (ROJ: STS 3315/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3315).

Los criterios señalados por el Alto Tribunal suponen una confirmación de los que venía ya sosteniendo esta Sección 9ª (v. gr., en Sentencias de esta Sección con nº 82/2014, de 12 de marzo , nº 298/2014, de 28 de octubre , nº 454/2016, de 6 de abril , nº 808/2016, de 18 de julio , nº 238/2017, de 11 de abril , y nº 163/2019, de 12 de febrero , entre otras) y que se han mantenido con posterioridad (v. gr. Sentencias nº 1428/2019, de 8 de noviembre , y, en particular nº 1594/2019, de 3 de diciembre , y nº 105/2020, de 27 de enero , estas dos últimas precisamente relativas a apelaciones de BANCO SANTANDER).

(...)

Asimismo, han de destacarse los siguientes aspectos:

1. Su carácter automático.
2. No discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota a su vencimiento para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de la comisión.
3. No identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo

En conexión con este último aspecto, y como advierte el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia nº 566/2019, "no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial)".

En este punto, además, la Sentencia nº 566/2019 invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

"En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato 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 importante 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 aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva".

Procede, en consecuencia, apreciar el carácter abusivo de la cláusula con base en los artículos 85.6, 87.5 y 88.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello determina su nulidad (artículo 83 del propio Texto Refundido y artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación), y la consiguiente desestimación del recurso". El resultado es nuestro.

Se fija en el préstamo hipotecario de 28 de enero de 2016 "4ª. Comisiones. El BANCO percibirá, en concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de TREINTA Y NUEVE a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, cada cantidad vencida o reclamada".

En cuanto a su naturaleza, esta cláusula contiene todas las condiciones enumeradas en esta jurisprudencia para ser considerada abusiva. Se aplica de forma automática por el mero retraso en el abono de la cuota hipotecaria, de forma inflexible, con un importe fijo, que se fija a tanto alzado el margen de las gestiones o servicios que efectivamente se puedan llevar a cabo y desconectado del concreto coste sufrido por la entidad por esas gestiones; que tampoco acredita que no formen parte de su labor cotidiana, que ni siquiera son acreditados por la entidad recurrente.

2.- Los argumentos expuestos por la recurrente no desdicen la doctrina anterior. Así, no ha presentado ninguna prueba que acredite que al tiempo de la contratación existió negociación con la parte actora. Mucho menos ha acreditado que el consumidor tuviera una posibilidad de modificar o excluir determinadas cláusulas, pues la minuta de la escritura fue redactada por la entidad. Y por último, tampoco ha acreditado que dicho importe responda a una gestión efectivamente llevada a cabo por la entidad que les genere ese gasto en cada ocasión.

Por todo ello, se desestima este motivo del recurso de apelación."

Acogiendo dichos razonamientos, plenamente extrapolables a la cláusula controvertida en las presentes actuaciones, procede igualmente declarar la abusividad y consiguiente nulidad de la misma.

SEXTO.- En materia de costas, procede la imposición a la parte demandada, siguiendo, en particular, lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 13 de julio de 2023 (Asunto C-35/22), y por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 96/2023, de 25 de septiembre.

FALLO

Estimo la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA y declaro nulas las cláusulas de reclamación de posiciones deudoras y de comisión de apertura contenidas en la escritura pública de fecha 23/11/2010, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y a abonar a la parte demandante la cantidad de 660 euros en concepto de comisión de apertura, más intereses legales desde el 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 lo acuerda y firma SS^a. Doy fe.

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