

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 BIS
VALENCIA

Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 002991/2021

SENTENCIA /24

En Valencia, a 28/06/2024

Vistos por mí, [REDACTED], Magistrado Juez en comisión de servicio de refuerzo del Juzgado de 1ª Instancia Nº 25BIS de Valencia, los presentes autos de juicio Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] a instancia del Procurador [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra CAIXABANK SA en ejercicio de la acción de nulidad por cláusulas abusivas y costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentada a reparto demanda de juicio Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] a instancia del Procurador [REDACTED], [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra CAIXABANK SA, ejercitando la acción de nulidad por cláusulas abusivas y costas, la cual fue turnada a este Juzgado y registrada con el número de procedimiento 002991/2021.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos procesales advertidos, se procedió a admitir a trámite, siendo emplazada la parte demandada, contestando a la demanda allanándose parcialmente a través del Procurador [REDACTED].

Por diligencia se señala para la celebración de la audiencia previa el día 25 de junio de 2024.

Al acto de la audiencia previa comparecen las partes, proponiendo exclusivamente prueba documental y declarándose pertinente, se solicitó que los autos quedaran vistos para sentencia sin necesidad de celebrar acto del juicio, acordándose en el sentido indicado.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] se presenta demanda de juicio Procedimiento Ordinario (Contratación -

249.1.5) [OR5] contra CAIXABANK SA, en ejercicio de la acción de nulidad por cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario en escritura nº 2422 de 19 de diciembre de 2006 y en concreto **comisión de apertura** y la comisión de posiciones deudoras y reclamando por la **cómision de apertura** la condena a la cantidad de 1.822,50 euros e intereses desde la fecha que fue satisfecha, por los motivos que son de ver en el escrito de demanda; acción sobre la que la parte demandada de una parte opone la **excepción de prescripción** respecto de la acción resarcitoria; y de otra se allana respecto de la nulidad de la cláusula de comisión de reclamación de posiciones deudoras.

La parte también impugna la cuantía indeterminada del procedimiento, que se plantea en ocasiones como una excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, pero al respecto debe recordarse que la cuantía del presente procedimiento viene exigida como indeterminada por razón de la materia de nulidad de condiciones generales de la contratación, artículo 248.3 en relación con el artículo 249.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la nulidad de la comisión de apertura se opone que no justifica el pago además de responder a servicios efectivamente prestados sin reclamación alguna en más de 14 años y estar debidamente informada en la fase previa a la firma de la escritura.

SEGUNDO.- En la materia que se somete a consideración son presupuestos de la acción de nulidad que se ejercita: de carácter subjetivo: que el demandante ostente la condición de consumidor o usuario y que la parte demandada sea un profesional; de carácter objetivo que el contrato suscrito, en este caso, un préstamo garantizado con hipoteca, haya utilizado condiciones generales de la contratación; y por último que la cláusula cuya nulidad se impetra resulte abusiva para el prestatario.

Las normas principales de aplicación son transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: La Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

El artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece que lo son las "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Por su parte el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios considera cláusulas abusivas: "aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"; y el punto 3 del mismo precepto que: "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa; siendo "4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario

garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Asimismo resulta de especial relevancia en esta materia la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo que sintetiza las características que deben reunir las cláusulas de un contrato para su consideración como condiciones generales de la contratación: a) La contractualidad, es decir que se trate de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no derive del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. c) La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) la generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse"; al igual que también interesa traer a colación la sentencia n.º 265/2015 de 22 de abril que establece como presupuesto de exclusión del control de abusividad "(...) que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta."

Sentado lo anterior, sobre la **excepción de prescripción** en primer término en lo que afecta a la acción resarcitoria en los términos de la sentencia n.º 596/22 de la Audiencia Provincial de Valencia sección IX de fecha 7 de diciembre (**Roj:** SAP V 3651/2022 - **ECLI:ES:APV:2022:3651**) que reitera el siguiente criterio en "reciente Sentencia 990/22 de 22 de noviembre de 2022 (Rollo 1831/21 ; Pte. Sra. Molina Pla) hemos declarado en el fundamento segundo, que:(...) (la) cuestión a analizar es la relativa al día inicial de cómputo, y al respecto, el Tribunal Supremo, como consecuencia de diversos pronunciamientos del TJUE, ha descartado que el día inicial del plazo de prescripción de este tipo de acciones sea el día de la celebración del contrato o la fecha en que se hicieron los pagos indebidos, y considera que quedan sólo dos opciones: a) que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula; y b) que el día inicial sea la fecha de las sentencias del TS que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019) o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA). Ambos criterios le plantean dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, motivo por el que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha

planteado cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 22 de julio de 2021, que se encuentra en trámite con el número C-561/2021. La primera de las opciones considera que puede ser contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas. La segunda de las opciones, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia. En cualquier caso, el criterio sostenido por esta sección 9 de la AP de Valencia sobre el día inicial del cómputo, desde la sentencia de 1 de febrero de 2018 , que atendía a que el plazo de 15 años establecido en el art. 1964 CC , en la redacción anterior a la Ley 42/2015, debía contarse desde la fecha de pago de cada gasto ha sido descartado. Este criterio seguido por la Sala, en su momento, es más restrictivo que el que parece imperará una vez resuelta la cuestión prejudicial, dado que las dos opciones planteadas por el Tribunal Supremo parten de que el día inicial del cómputo de la prescripción sea el de la propia sentencia declarativa de la nulidad, o, en su caso, desde la STS de 23 de enero de 2019 o desde las SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, S.A., o de 16 de julio de 2020, Caixabank, S.A., (obviamente, muy posteriores al día de los posibles pagos de las cantidades reclamadas)".

Como se copia de las conclusiones de la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de enero de 2024 no opta por la posibilidad de establecer un dies a quo relativo al estado de conocimiento sobre la jurisprudencia de estas cuestiones por el consumidor "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de 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".

Así las cosas, procede la desestimación de la excepción de prescripción respecto de la acción de reclamación de cantidad.

Por lo que se refiere a la acción de nulidad de la cláusula de comisión de reclamación de posiciones deudoras procederá su declaración de nulidad por allanamiento de la parte, de conformidad con el artículo 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no apreciarse allanamiento en fraude de ley, o con lesión del interés general o en perjuicio de terceros.

TERCERO.- Respecto de la **comisión de apertura** se interesa la nulidad, y se reclama el importe de 1.822,50 euros que abonó la parte prestataria; viene establecida en la escritura pública en la cláusula 4º, señalando que por esta operación se devengará a favor de la entidad demandada, por este concepto de comisión de apertura, por una sola vez y con ocasión de la formalización de la misma, un determinado porcentaje sobre el capital del préstamo o un determinado importe mínimo; y que será cargado en la cuenta designada o en

la que se abone el préstamo, como es de ver en la escritura que se aporta .

A los efectos de resolver, deberá tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la sentencia nº 816/2023 de 29 de mayo que se pronuncia sobre esta cláusula después de haber sido resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial planteada en ese mismo asunto el 10 de septiembre de 2021 y que dio lugar a la sentencia de 16 de marzo de 2023 asunto C-565/21.

Por otra parte, como comisión bancaria con regulación específica en el presente caso deberá observarse la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (bajo cuyo régimen se celebró el contrato litigioso), en el apartado 4 de su anexo II, estableció lo siguiente: "4. Comisiones. 1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...] "2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la "comisión de apertura", sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...] "c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo". Esta redacción se mantuvo en la redacción originaria de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Su artículo 5 establecía lo siguiente sobre las obligaciones de transparencia en relación con las tarifas de comisiones y gastos: 1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior: [...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito". En la actualidad, este régimen legal está contenido en el artículo 14 la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En el estado de la cuestión sobre la comisión de apertura, cabe orillar los aspectos que han sido resueltos y por tanto superados por el TJUE y por el Tribunal

Supremo, sin embargo habiéndose insistido en la resolución de la cuestión prejudicial y en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo 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", lo que en cualquier caso está indicado es atender ese tratamiento específico y vinculado a la prueba practicada.

Con carácter general se puede decir, que una comisión que goza de una regulación específica que se delimita con precisión en la norma destinada a la transparencia bancaria, incluso en la normativa en vigor de la Ley de Contratos sobre Crédito Inmobiliario, no resulta nula por abusiva, pero que no obstante, debe superar el control de transparencia.

Dadas las bases que sienta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) el Tribunal Supremo modifica su doctrina y señala que la comisión de apertura, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente; señalándose "los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud: (i) 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. (ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen. (iii) 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 (iv) 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. 3.- A fin de constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos instrumentos de comprobación: (i) A los efectos de que el prestatario pueda ser consciente de la carga económica de la comisión de apertura, el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32). (ii) En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). (iii) De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida. (iv) También ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46). 4.- A su vez, a efectos de examinar la posible abusividad de la condición general, el TJUE considera: (i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse 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 (apartado 50). (ii) Respecto del desequilibrio importante, que no cabe afirmar que una cláusula que establezca una comisión de apertura en un préstamo o crédito hipotecario no respete en todo caso el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, sino que habrá que valorar que el coste 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 (apartados 51, 58 y 59)".

Pues bien, de la prueba practicada resulta, que documentalmente la información que pudo recibir la parte prestataria no se aporta, lógicamente no puede suplirse por un informe técnico sobre la cláusula en cuestión; y por tanto no puede resultar probada por meras alegaciones, en cuanto a publicidad o folletos explicativos del producto; tampoco se aporta la oferta vinculante, que aún cuando la mencionara el notario no sería posible valorar la información con que contó la parte prestataria; lo que se está valorando es la información que se dispensó para su cobro, de forma que la anterior circunstancia no permite inferir de una cláusula que meramente se enuncia "comisión de apertura" que el consumidor haya estado en disposición como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de "razonablemente entenderlos o deducirlos del contrato en su conjunto", siendo éste, uno de los aspectos más relevantes de la valoración de la prueba; puesto que como se toma de la sentencia del Tribunal Supremo nº 816/23 de 29 de mayo la: "sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17) destacó en su apartado 54 que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. En su apartado 55, afirmó que "[a] menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional". Y en el apartado 56 concluyó que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 7.- Este criterio fue reiterado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (*Profi Credit Polska S*), al precisar en su apartado 75: "Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la "comisión" o los "gastos de apertura". No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 43)".

Por tanto la conclusión de la valoración de la prueba en el supuesto que se enjuicia del préstamo hipotecario de nº 2422 de 19 de diciembre de 2006 es que no estando acreditada una información precontractual suficiente, si la cláusula relativa a la comisión de

apertura no da razón de su contenido, el que la normativa bancaria establece: "Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo" el consumidor, prestatario o acreditado no está en disposición de que pueda entender, en cuanto a valorar su carga jurídica y económica, o deducir razonablemente del contrato en su conjunto en qué consistieron, lo que determina que la cláusula no supere el control de transparencia; es más si, en estas circunstancias concretas, la cláusula no aparece vinculada a la retribución de unos gastos concretos que la entidad le repercute, también difícilmente puede controlar si existe solapamiento respecto de otros gastos o comisiones; incluso puede incidir en la valoración de si su importe por unos servicios que no se especifican pueden resultar menos competitivos en relación a los que ofertan otras entidades; y en última instancia la opacidad de contenido en la redacción de la cláusula incide en la valoración de la buena fe con que se traslada al contrato puesto que razonablemente una información tan incompleta permite suponer que el consumidor no hubiera aceptado la mencionada comisión de apertura en el curso de una negociación propiamente individualizada. Por último, en cuanto a la valoración de la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato, en el apartado 4 de "comisiones" la encabeza pero no aparece especialmente destacada o singularizada respecto de las demás, aunque se descarta, y no se quiere decir, que pudiera pasar desapercibida; y ya se ha hecho especial hincapié en los efectos que supone en cuanto a su escritura que traslade al contrato solo la parte que hace referencia a su importe, único devengo y forma de satisfacerse, omitiendo la información mollar sobre lo que se cobra como "apertura"; y por último, en no superando el 1,5% sobre el capital objeto del préstamo (criterio que establece la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, entre el 0,25% y 1,50%) no se concluye que por su importe sea abusiva.

Por lo demás del contenido de la escritura pública no permite llegar a una conclusión distinta a la anteriormente motivada; las advertencias notariales o las que se hacen constar, han sido examinadas y no suplen una fase precontractual, en cuanto a lo que aquí concierne, no acreditada a los efectos que se valoran; en cualquier caso, la información que hiciera constar el notario no permite suplir que la redacción de la cláusula que se enjuicia silencie toda mención a su contenido, máxime cuando como se ha reflejado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que no es necesario que la entidad especifique todos los servicios que la comisión incluye, por lo que hubiera bastado que al menos se mencionaran los más significativos inherentes a la actividad bancaria.

Sobre esta misma conclusión, en un supuesto equivalente ilustra la sentencianº 440/23 de la Audiencia Provincial de Valencia sección VIII de 8 de noviembre "En su redacción se omite, pues, qué concreta actividad o gastos se remuneran o satisfacen. Y no resulta acreditado en el presente supuesto que la cláusula haya sido objeto de negociación alguna. El hecho de que se consigne al final de la escritura que la parte prestataria ha podido examinar en la Notaría, en los tres días hábiles anteriores al día de su firma, el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario sin que haya hecho uso de su derecho, que, en todo caso, renuncia en tal acto, y que la oferta vinculante que "según aseguran las partes, se entregó oportunamente a la parte prestataria", no difiera de las condiciones financieras contenidas en la escritura, no acredita que se ofreciera al consumidor la oportuna información sobre la concreta cláusula cuya validez ahora se cuestiona, ni sobre los conceptos que la integran, al no existir, siquiera, remisión a la normativa sectorial que la regula. Por otra parte, no se ha aportado la documentación precontractual, siendo así que la carga de la prueba de la información y de la realidad de la negociación compete al

prestamista. No se consignan los concretos servicios que en la ocasión se han prestado, ni acredita la Entidad bancaria que la concesión del préstamo le ha hecho incurrir en concretos gastos. Es más, en el presente caso, la comisión de apertura estipulada no redundaría en beneficio del prestatario, que no recibe a cambio prestación adicional alguna que vaya más allá de la propia concesión del préstamo con todos sus derechos y obligaciones, por lo que los posibles gastos se refieren, exclusivamente, a la fase de preparación del contrato de préstamo, con todas las actuaciones que ha estimado conveniente realizar el prestamista para conformar su declaración de voluntad (estudio de la documentación pertinente, de solvencia, trabajo de sus propios empleados en la preparación del contrato y análisis de riesgos). Y no se prevé una prestación similar a cargo del prestamista en favor del prestatario por los gastos en que haya podido incurrir el mismo a los mismos efectos, por lo que produce un desequilibrio entre las partes por falta de reciprocidad. Y la dicha comisión la impone unilateralmente el Banco (del hecho de que nuestra Legislación regule tal comisión no deriva su obligatoria imposición por el prestamista) por el mero hecho de conceder el préstamo, trasladando el dicho coste propio del negocio del prestamista a la parte prestataria que ve mermado con ello el capital prestado (objeto principal del contrato) tras la primera disposición, vulnerando con ello postulados de buena fe en perjuicio del consumidor. En el presente supuesto no puede la Sala examinar (como tampoco pudo hacerlo el prestatario) las concretas partidas que se satisfacen con la dicha comisión, por lo que "a priori" se solapan con los gastos que igualmente asume en exclusiva la parte prestataria en la cláusula quinta previamente examinada, que impone a la prestataria el pago, entre otros, de "los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir". Por todo ello, la Sala concluye que en el presente supuesto la comisión de apertura no supera el control de transparencia al modo dicho, por lo que ha de reputarse nula por abusiva y, por tanto, tenerla por no puesta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del Texto refundido invocado".

Igualmente la sentencia nº 344/23 de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de junio: "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".

Un último motivo de oposición a tratar, fue que la parte no había acreditado su pago. De acuerdo con la dinámica de la carga de la prueba si se niega el pago, es el banco el que conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento debe probar que en la cuenta asociada al préstamo no consta el cargo o la deducción de la cláusula, teniendo especialmente presente que es la parte que ostenta la mayor facilidad probatoria como

expresamente reseña la Ley en el artículo citado; en consecuencia, conforme se dice en la escritura, la redacción de la misma, constituye un poderoso indicio de su pago, no desvirtuado de contrario, teniéndose por realizado.

Así las cosas, procederá declarar la nulidad de esta comisión de apertura por falta de transparencia, sin que el argumento de los muchos años sin reclamar si no viene respaldado por la **prescripción** de la acción resulta inocuo y no puede considerarse que ha generado una expectativa jurídicamente protegible; por lo que conforme a la normativa y directiva europea indicada, condenando a la entidad al pago de la cantidad de 1.822,50 euros y los intereses legales desde la fecha en que se cobró dicha comisión.

CUARTO.- En cuanto a las costas, dada la estimación de la demanda procederá la condena al pago de las causadas en esta instancia a CAIXABANK SA, debiendo fundarse en el principio objetivo del vencimiento ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por el Procurador [REDACTED], [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] por allanamiento de CAIXABANK SA debiendo declarar y declarando la nulidad de la cláusula de comisión de reclamación de posiciones deudoras de la escritura nº 2422 de 19 de diciembre de 2006.

Debiendo desestimar y desestimando la excepción de preescipción.

Debiendo estimar y estimando la nulidad respecto de la comisión de apertura condenando a la demandada al pago de la cantidad de 1.822,50 euros y los intereses desde su pago.

Por último, debiendo condenar y condenando a CAIXABANK SA al pago de las costas causadas en esta instancia.

Regístrese en el sistema informático y notifíquese la presente resolución a las partes, así como que es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia.

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

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.