

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 BIS
VALENCIA

Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 000910/2023

SENTENCIA 1762/24

En Valencia, a 24/07/2024

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 BANCO SANTANDER 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 BANCO SANTANDER 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 000910/2023.

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

Por diligencia se señala para la celebración de la audiencia previa el día 23 de julio 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 BANCO SANTANDER SA, en ejercicio de la acción de nulidad por cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario en escritura nº 756 de 23 de noviembre de 2006 y en concreto por la

comisión de apertura y la cláusula que establece los intereses moratorios más 10 puntos sobre los ordinarios; por la de comisión de apertura el importe de 862,50 euros, y los intereses sobre la anterior cantidad desde la fecha que fueron satisfechos; y sobre cuya cuantía, no se plantea contienda.

Por su parte, la entidad demandada se opone respecto de la comisión de apertura que la parte recibió toda la información, reclamando años después, siendo una cuestión eminentemente jurídica, debiendo entender el préstamo hipotecario como un proceso desde su solicitud hasta su concesión, respondiendo a servicios efectivamente prestados que enumera; y respecto de los intereses de demora que supuesto de declarar la nulidad se mantuvieran para el caso de mora los previstos como intereses ordinarios, en los términos que son de ver en el escrito de contestación a la demanda.

De la prueba propuesta fue admitida exclusivamente la documental.

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 aquéllas 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.

Asímismo 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 nº 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."

De acuerdo con lo anterior, de la valoración de la prueba documental aportada, cumplidos los anteriores presupuestos, procede examinar las concretas cláusulas contractuales cuya nulidad se solicita.

TERCERO.- Respecto de la comisión de apertura se interesa la nulidad, y se reclama el importe de 862,50 euros que abonó la parte prestataria; viene establecida en la escritura pública en la cláusula 4ª, 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 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 escritura nº 756 de 23 de noviembre 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 redundaba 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".

Así las cosas, procederá declarar la nulidad de esta comisión de apertura por falta de transparencia, conforme a la normativa y directiva europea indicada, condenando a la entidad al pago de la cantidad de 862,50 euros y los intereses legales desde la fecha en que se cobró dicha comisión.

CUARTO.- Por último, en cuanto a la nulidad de los intereses moratorios debe partirse que los establecidos en la escritura, como es de ver en la cláusula 6º, de más 10 puntos sobre los ordinarios. Fijado lo anterior resultan nulos por abusivos de acuerdo con las directrices de la sentencia 615/2020 de la Sección IX (Ponente Ilmo. Sr. De la Rúa Navarro) de 18 de mayo (Roj: SAP V 3127/2020 - ECLI:ES:APV:2020:3127) "procede partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, asunto Unicaja, en los asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 . Tal sentencia concluyó que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la

cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: - no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y - no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.". Fundamenta, además, la sentencia que "en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula". A partir de ahí: 1º).- De las anteriores consideraciones y en virtud de la jurisprudencia vinculante del tribunal europeo, procede ya contestar al recurso en el sentido de que resulta indiferente si estaba en vigor el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria en el momento en el que se concertó el préstamo o su normativa anterior pues lo que se debe analizar en la cláusula es si es desproporcionada en los derechos y obligaciones que resultan de la misma para con el consumidor. Y esta es la conclusión que alcanza la sentencia de la instancia. Tales razonamientos no han sido ni siquiera denunciados por la parte apelante que se limita a impugnar la sentencia por entender que no es aplicable el nuevo artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria. A ello cabe añadir que, tal y como resolvió la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, un interés de demora que supere en dos puntos el establecido como remuneratorios se considera desproporcionado y, por ello, abusivo como ocurre en el presente caso. 2º).- A la vista de las manifestaciones del número anterior, es indiferente si la reforma del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 1/2013 es o no de carácter retroactivo pues lo que hace la cláusula de intereses moratorios abusiva no es la aplicación de dicho precepto sino la valoración de la desproporción del juez con el criterio del Tribunal Supremo ya mencionado que concurre en el presente caso. 3º).- Es indiferente que se haya o no cobrado cantidad alguna por esta cláusula pues lo que se persiguió en la demanda es la declaración de la nulidad". En consecuencia, también procederá dar lugar a su nulidad.

Por último, el hecho que se haya acordado la nulidad de esta cláusula no significa que el deudor no pueda incurrir en mora, estando conformes las partes de para el supuesto de mora aplicar los intereses remuneratorios pactados.

QUINTO.- En cuanto a las costas causadas, el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la estimación de la demanda procederá la condena al pago de las costas causadas a BANCO SANTANDER SA conforme al principio objetivo del vencimiento.

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

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por el Procurador

en nombre y representación de

debiendo declarar y declarando la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a los intereses de demora y comisión de apertura de la escritura nº 756 de 23 de noviembre de 2006 y debiendo condenar a BANCO SANTANDER SA al pago de la cantidad de 862,50 euros y los intereses desde la fecha que fue realizado el pago.

Por último debo condenar al pago de las costas causadas a BANCO SANTANDER SA.

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.