

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.:03014-42-1-2020-0024920

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004411/2020-ANT

De: [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Contra: D/ña. BANKIA S.A

Procurador/a [REDACTED]

SENTENCIA N° 001005/2022

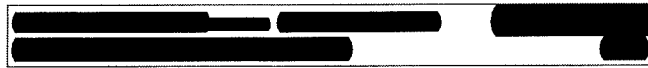
JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA

Lugar: ALICANTE

Fecha: veinticinco de febrero de dos mil veintidós

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]**Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]**PARTE DEMANDADA BANKIA S.A****Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4411/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura, insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes de 2/3/2007 (Docs. 1-2 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria, asistida y representada en los términos expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los



siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, ante la solicitud de las partes, lo estrictamente jurídico de lo debatido, y en apreciación de la documental aportada como prueba ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, fijada por Decreto firme la Cuantía del procedimiento en 3.812,42 euros, para que refleje el interés económico representado en el proceso -reclamación por gastos y comisión de apertura- , aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada (Doc. 1-2 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La respectiva cláusula de Comisión de apertura prevé a cargo del prestatario el abono de un importe en proporción del capital del préstamo, en este caso se reclaman 915 euros y 1.534,50 euros.

Por último, la cláusula de GASTOS respectiva determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 3 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de gastos notariales
- 100% de gastos registrales
- 100% de gestión

Ello conforma una solicitud de restitución de 700.61 euros por gastos del primer préstamo indicado y 659.31 euros por gastos del segundo préstamo.

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante; salvo en lo relativo a la nulidad de la Cláusula de Gastos (sin restitución económica) a lo que mostraba ALLANAMIENTO PARCIAL ex art. 21 LEC..

SEGUNDO.- En primer lugar, se afirma que la **acción declarativa de nulidad** ejercitada no ha caducado en atención a la normativa vigente. La acción de nulidad de cláusulas abusivas constituye un supuesto de nulidad radical, o de pleno derecho (83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.3 CC), y por tanto, es imprescriptible (19.4 LCGC). Este criterio se ratifica reiteradamente por la propia Audiencia Provincial de Alicante, que concluye que *“la acción ejercitada en la demanda no es la de anulabilidad por concurrencia de un vicio del consentimiento, sino la de nulidad por falta de transparencia y abusividad (artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y, es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la acción de nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho no está sometida a plazo de prescripción ni de caducidad”* (fundamento jurídico primera de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8ª de 10 de marzo de 2017. Por lo tanto, no se aprecia en modo alguno la caducidad de la acción.

A continuación sobre el particular alegado en la contestación a la demanda,

en lo relativo a la posible prescripción de la acción de restitución, y debiendo ser afirmada la incertidumbre que ha acompañado a la materia, a fin de otorgar la solución más equitativa, tomaremos como criterio el más reciente afirmado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia nº 1057/2021 de 17 de septiembre de 2021 (Pte. Ilmo Sr. García-Chamón Cervera).

Y ello aun cuando tal resolución se refiera a cláusula de Gastos, pero mantiene un criterio y fundamento plenamente aplicable a la Comisión de Apertura y reclamación económica asociada que aquí se ejercita.

Refiere de modo ilustrativo el tenor literal de la meritada resolución que *"Sobre la duración del plazo de prescripción es prácticamente unánime la opinión de que el plazo es el general de las acciones personales previsto en el artículo 1.964.2 del Código civil, inicialmente de quince años. Tras su reforma por la Ley 42/2015 se fija en cinco años "desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan", con la previsión intertemporal contenida en la Disposición transitoria quinta que remite a las acciones nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esa Ley a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil. En consecuencia, si la acción de restitución se considera nacida antes del 7 de octubre de 2015 (día siguiente al de la publicación en BOE y que fija la entrada en vigor de la Ley 42/2015) porque antes de esa fecha podía exigirse el cumplimiento de la obligación, se aplicará el plazo de prescripción de quince años. Ahora bien, ese plazo de quince años tiene un límite, pues en todo caso prescribirá a los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015.*

Sobre la duración de cinco años del plazo de prescripción, la citada STJUE de 16 de julio de 2020 no formula ninguna objeción al considerarlo conforme con el principio de efectividad:

"87. Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, [redacted])

427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13."

TERCERO.- La controversia surge en el momento de determinar el término inicial o dies a quo del plazo de prescripción.

El precepto que regula con carácter general el inicio del cómputo del plazo de prescripción es el artículo 1.969 C.c.: "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse." Coinciden todos en que el referido precepto acoge el principio de la actio nata, esto es, el de que no comienza a correr el plazo de prescripción mientras la acción no nace, lo que ocurre cuando puede ser ejercitada y, no, antes. La jurisprudencia (STS número 350/2020, de 24 de junio), al interpretar este precepto, declara:

"Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015, que "El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actio nondum nata praescribitur [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar."

Así pues, hemos de determinar el momento en el que concurren los elementos fácticos y jurídicos idóneos para que el prestatario pueda ejercitar válidamente su acción de condena.

Esta Sección mantuvo en un principio que la restitución de los gastos era un efecto inherente a la declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos y, consiguientemente,

esta declaración de nulidad operaba como dies a quo.

El mantenimiento de esta tesis se compadecería mal con el pronunciamiento del TJUE, en su Sentencia de 16 de julio de 2020, que ha venido a proclamar la dualidad de acciones (nulidad - restitución), tal y como hemos expuesto más arriba; pues esta tesis parte de considerar precisamente lo contrario, esto es, que la restitución es un mero efecto o consecuencia inherente de la declaración de nulidad.

Al hacer depender el inicio del plazo de prescripción de la previa estimación de la acción declarativa de nulidad de la cláusula abusiva convierte, en realidad, en imprescriptible también la acción de condena a la restitución.

La imprescriptibilidad de hecho de la acción de restitución de los gastos a la que conduce esta tesis se opone al reconocimiento de la existencia de un plazo de prescripción de la acción de restitución a la que se refiere la doctrina del Tribunal de Justicia:

"No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C- 40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 69)."

Posteriormente, a partir del mes de septiembre de 2020, esta Sección fijó como dies a quo la fecha del pago de los gastos por el prestatario al considerar que en ese momento concurrían los elementos fácticos y jurídicos para poder ejercitar la acción de restitución.

Sin embargo, reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 9 de julio de 2020, apartados 67 y 75; 16 de julio de 2020, apartado 91; 22 de abril de 2021, apartado 66 y; 10 de junio de 2021, apartado 46), en aplicación del principio de efectividad que informa la autonomía procesal de los Estados miembros en virtud del cual las normas nacionales sobre prescripción no pueden hacer imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos, en nuestro caso,

por la Directiva 93/13, han fijado como dies a quo del plazo el del momento en que el

consumidor tuvo conocimiento razonable del carácter abusivo de la cláusula sin que pueda considerarse como tal el momento en que se produjo el enriquecimiento injusto. Este Tribunal considera que el momento del conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no puede hacerse depender del conocimiento individual por cada uno de los prestatarios sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos y de la posibilidad de exigir la restitución de los pagos indebidos porque sería contrario al principio de seguridad jurídica. De un lado, ante préstamos otorgados en la misma fecha, con una cláusula de gastos idéntica y con una coincidente fecha de pago de los gastos, el plazo de prescripción comenzaría a correr en función del conocimiento adquirido por cada uno de los prestatariosconsumidores.

De otro lado, haría imposible de forma objetiva el momento concreto de la adquisición del conocimiento por ese prestatario-consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula porque dependería de su exclusiva voluntad, lo que vulneraría el artículo 1.256 del Código civil.

Al reiterar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como término inicial del plazo de prescripción el momento del "conocimiento razonable" del carácter abusivo de una cláusula por parte del consumidor, consideramos que debemos estar al momento en el que un prestatario pudo conocer objetivamente el carácter abusivo de la cláusula de gastos y la posibilidad del ejercicio de la acción dirigida a su restitución.

Este momento viene determinado por la STS Pleno Sala Primera de 23 de diciembre de 2015 porque es la primera vez en que expresamente la jurisprudencia nacional declara el carácter abusivo de la cláusula sobre gastos con un contenido similar al del presente procedimiento y porque fue el fundamento jurídico en el que se apoyaron numerosos procedimientos iniciados por multitud de prestatarios-consumidores en cuyas demandas solicitaban la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la restitución de los gastos indebidos.

Como en nuestro caso la demanda fue presentada en el mes de marzo de 2019 es evidente que no había transcurrido el plazo de cinco años, por lo que hemos de revocar la estimación de la excepción de prescripción por las razones expuestas."

Ha de considerarse, pues, en aplicación del citado art. 1969 C.C que la parte actora ha podido de modo muy reciente, esencialmente a partir de las citadas resoluciones de TS y STJUE, conocer de la nulidad de la cláusula de Gastos y

Comisión de apertura con los efectos económicos inherentes a ello, con lo que presentada demanda judicial en fecha 12/2020, se ha de confirmar que no habría prescrito la acción de restitución.

A continuación, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *"son condiciones generales de la contratación 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"*; a lo que añade el apartado segundo que *"el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión"*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que *"en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario"*, añadiendo en su apartado 164 que *"Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva"*.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera

una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, "la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente".

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los "Gastos" de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Constando ALLANAMIENTO A LA NULIDAD, ha de acordarse así ex art. 21 LEC..

No obstante, a efectos meramente ilustrativos se refiere que al no verse afectado

un elemento esencial y definitorio del contrato cabría realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso

cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma"; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».*

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la

retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que "Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de**

julio de 2020 (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.”

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.*

Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia “*al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)*”.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría y Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 3 y ss. de la demanda, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría, y la integridad de Registro y Gestoría; como consecuencia de la nulidad de la referida cláusula abusiva. Y

todo ello sin perjuicio de la validez del contrato a pesar de la nulidad de las cláusulas que declara la presente resolución.

Así, tomando las cifras anteriormente indicadas en esta resolución, respecto a las cifras indicadas y como consecuencia de la nulidad de la cláusula declarada, la entidad demandada deberá restituir al prestatario, confirmado el abono por la documentación aportada, la cantidad correspondiente al cincuenta por ciento de los gastos imputables de Notaría, y la integridad de lo imputable al préstamo por aranceles de Registro de la propiedad y Gestoría.

Lo indicado hace un total a abonar por gastos hipotecarios soportados por el prestatario de **1.359,92 euros.**

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, de un tanto por ciento (%) sobre el capital del préstamo o cantidad a tanto alzado, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (915 euros y 1.537,50 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna; y sin que un hipotético INFORME DE LA ENTIDAD BANCARIA, dado su origen de parte y carácter genérico desvirtúe, ex art. 217 LEC., la previa afirmación.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018,** cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una

condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura .

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9- 05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura , ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo

hipotecario) no conlleve indisolublemente un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura .

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente apellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquélla presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno

a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado.”

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que “Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

(Fundamento 64) “Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

(Fundamento 70) “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar,

tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.”

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que “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.”

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (915 euros y 1.537,50 euros, en total **2.452,50 euros**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- Una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se aprecia que el presente caso es de estimación íntegra de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo íntegro** la demanda interpuesta por

representación de [REDACTED]
[REDACTED] frente a BANKIA S.A. (sucesida por CAIXABANK S.A.)
y, en consecuencia:

1. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario de 2/3/2007 (Docs. 1-2 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 1.359,92 euros que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Gestoría y Registro, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA- a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario de 2/3/2007 (Docs. 1-2 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 2.452,50 euros que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de intereses de acuerdo a fundamentación jurídica de la presente.

3. e mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la

misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.:03014-42-1-2020-0024876

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004433/2020-ANT

De: [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 001387/2022**JUEZ QUE LA DICTA:** D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA**Lugar:** ALICANTE**Fecha:** dieciséis de marzo de dos mil veintidós**PARTE DEMANDANTE:** [REDACTED]**Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]**PARTE DEMANDADA BANKINTER S.A.****Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4433/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes (Doc. 1 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria asistida y representada en los términos

expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, celebrada audiencia previa, ante lo solicitado por las partes y estrictamente carácter jurídico de lo debatido, con apreciación como prueba de la documental aportada, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada la Cuantía del procedimiento en 1.106,02 euros, para que refleje el interés económico representado en el proceso, aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada 27/11/2007 (Doc.1 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La cláusula indicada prevé una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un importe o tanto proporcional del capital del préstamo, reclamando la parte actora por su aplicación de **150 euros**.

Por último, la cláusula de GASTOS de la escritura determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 2 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de notariales 378.53 euros
- 100% de registrales 167.99 euros
- 100% de gestoría 290.60 euros
- 100% de tasación de inmueble 118.90 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación

individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante; salvo en lo relativo a la nulidad de la Cláusula de GASTOS y restitución económica a lo que mostraba ALLANAMIENTO PARCIAL ex art. 21 LEC..

SEGUNDO.- En primer lugar, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que "en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario", añadiendo en su apartado 164 que "Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible

demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente

fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario. la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Consta ALLANAMIENTO a la nulidad y restitución económica, por lo que debe acordarse así ex art. 21 LEC.. No obstante, a efectos meramente ilustrativos, se indica que al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato cabría realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la

absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma"; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está*

subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en

un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por

tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que *"Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de julio de 2020** (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."*

Es aplicable, respecto al Gastos de **Tasación de inmueble**, el criterio anteriormente referido para Gestoría - restitución del 100% de lo abonado- por guardar identidad de razón.

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”*.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”*.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya

manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría, Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría, Registro, Gestoría y Tasación de inmueble acreditados, ello es **956.02 euros**.

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, respecto a cada vínculo, de una cifra a tanto alzado o tanto por ciento (0,10 %) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (150 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018**, cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece

que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura .

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9- 05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura , ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del

préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva. Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura .

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente apellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquélla presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo

hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado."

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que "Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)".

(Fundamento 64) "Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este".

(Fundamento 70) "En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos

suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo."

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que "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."

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (**150 euros**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta,

una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, no siendo relevante el allanamiento a tales efectos pues el mismo es parcial, se aprecia que el presente caso es de estimación íntegra de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo íntegro** la demanda interpuesta por representación de [REDACTED] frente a BANKINTER S.A. y, en consecuencia:

- DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a**

cargo del prestatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis de fecha 27/11/2007 (Doc. 1 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 956.02 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Registro, Gestoría y Tasación de inmueble, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA-** a cargo del prestatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 150 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula, con intereses desde la fecha de cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

- 3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.: 03014-42-1-2020-0025091

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004467/2020-PAT

De: [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 001121/2022**JUEZ QUE LA DICTA:** D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA**Lugar:** ALICANTE**Fecha:** once de marzo de dos mil veintidós**PARTE DEMANDANTE:** [REDACTED]**Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]**PARTE DEMANDADA BANKINTER S.A.****Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4437/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes (Doc. 1 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria asistida y representada en los términos

expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, celebrada audiencia previa, ante lo solicitado por las partes y estrictamente carácter jurídico de lo debatido, con apreciación como prueba de la documental aportada, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada la Cuantía del procedimiento en 2.033,60 euros, para que refleje el interés económico representado en el proceso, aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada 17/3/2006 (Doc.1 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La cláusula indicada prevé una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un importe o tanto proporcional del capital del préstamo, reclamando la parte actora por su aplicación de **1.200 euros**.

Por último, la cláusula de GASTOS respectiva determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 2 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de gastos notariales 462.01 euros
- 100% de gastos registrales 196.59 euros
- 100% de gestoría 175 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación

individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su

inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que "en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario", añadiendo en su apartado 164 que "Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de

15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato, cabe realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea

alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma”; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».*

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la

firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o

novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto

al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que *"Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de julio de 2020** (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."*

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *"el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada*

abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia “*al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)*”.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría, Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda , cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría , y la integridad de registrales y de gestoría ; como consecuencia de la nulidad de la referida cláusula abusiva Y todo ello sin perjuicio de la validez del contrato a pesar de la nulidad de las cláusulas que declara la presente resolución.

Así, tomando las cifras anteriormente indicadas en esta resolución, respecto a las cifras indicadas y como consecuencia de la nulidad de la cláusula declarada, la entidad demandada deberá restituir al prestatario un total **833.60 euros.**

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, de una cifra a tanto alzado o tanto por ciento (0,50 %) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (1.200 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018**, cuyos ilustrativos términos expresan que “ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece

que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura .

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9- 05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura , ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del

préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura .

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquélla presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo

hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado.”

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que “Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

(Fundamento 64) “Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

(Fundamento 70) “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos

suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.”

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que “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.”

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (**1.200 euros**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta,

una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se aprecia que el presente caso es de estimación sustancial de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo sustancial** la demanda interpuesta por representación de [REDACTED] frente a BANKINTER S.A. y, en consecuencia:

1. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo**

hipotecario objeto de litis (Doc. 1 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 833,60 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Gestoría, Registro, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA-** a cargo del prestatatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 1.200 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula, con intereses desde la fecha de cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

- 3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta

causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00283/2022

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

Teléfono: [REDACTED] Fax: [REDACTED]
Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2020 0007935
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000856 /2021
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000813 /2020

Recurrente: BANCO SANTANDER SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: JUAN PABLO PALOMAR PÉREZ

S E N T E N C I A N° 283/2022

**ILMA. SRA. PRESIDENTA:
DOÑA M^a CARMEN BORJABAD GARCIA
ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:
DOÑA M^a VICTORIA GUINALDO LÓPEZ
DOÑA M^a TERESA ALONSO DE PRADA
DOÑA CRISTINA GARCIA VELASCO**

En la ciudad de Salamanca a
cinco de abril de dos mil veintidós.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento ORDINARIO N° 813/2020 del Juzgado de Primera Instancia N° 9 de Salamanca, Rollo de Sala N° 856/2021; han sido partes en este recurso: como demandante-apelado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representado por la Procuradora [REDACTED] y bajo la dirección del Letrado Don Juan Pablo Palomar Pérez y como demandado-apelante BANCO SANTANDER, S.A.

Firmado por: MARIA VICTORIA
GUINALDO LOPEZ
07/04/2022 13:42
Minerva

Firmado por: MARIA TERESA ALONSO
DE PRADA
08/04/2022 09:52
Minerva

Firmado por: CARMEN BORJABAD
GARCIA
08/04/2022 10:37
Minerva

Firmado por: CRISTINA GARCIA
VELASCO
08/04/2022 13:08
Minerva

representado por el Procurador [REDACTED] y bajo la dirección del Letrado [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 7 de julio de 2021 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca dictó sentencia en los autos de procedimiento Ordinario Nº 813/2020.

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte sentencia por la que, estimando el recurso interpuesto por esta parte, revoque la sentencia de instancia desestimando en su integridad, en consecuencia, la demanda en su día interpuesta por la representación procesal del actor-apelado, D. Carlos García Nieto, contra mi representada, todo ello con expresa imposición de las costas de esta alzada, a la parte actora, en caso de oponerse.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación en base a las alegaciones que formula y suplica se dicte sentencia por la que desestime el recurso de apelación formulado de contrario, todo ello con expresa imposición de costas de la alzada al recurrente.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **treinta de marzo de dos mil veintidós** pasando los autos a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARIA VICTORIA GUINALDO LÓPEZ**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Objeto del recurso y resolución recurrida.

1º- Por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de Banco Santander SA, se formuló recurso de apelación contra la sentencia de fecha 7 de JULIO de 2021 dictada en Procedimiento Ordinario nº 813 / 2020 seguido en el juzgado de Primera instancia nº 9 de Salamanca, cuya parte dispositiva reza del tenor literal siguiente: "Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad de: 1) La Cláusula Financiera relativo a la comisión de apertura del contrato suscrito entre las partes el día 23/11/2007 condenando a la parte demandada a pagar 1376 euros, más el interés legal desde la fecha de su abono.2) La nulidad de la cláusula sobre abono de gastos del contrato condenando a la parte demandada a pagar 835,08 euros, más el interés legal desde la fecha de su abono indebido. Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandada."

Motivos del recurso.

A)- Se impugna la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura declarada en la sentencia de instancia.

Se denuncia la interpretación que se hace de la doctrina sentada por el TJUE en relación con esta cláusula y se invoca la aplicación de la sentencia dictada por el TS de fecha 23 de enero de 2019, con cita de jurisprudencia menor.

B)- Así Como la Improcedencia de la imposición de costas.

Se invoca lo dispuesto en el artículo 394.1 de LEC. Con cita de jurisprudencia menor.

Se solicita la estimación del recurso y se revoque la sentencia de instancia desestimando en su integridad en consecuencia la demanda en su día interpuesta con imposición de costas la parte actora.

2º- Por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] se formuló oposición al recurso deducido de contario.

Se argumenta que el recurso es una mera declaración generalista sobre la imposibilidad de apreciar el carácter abusivo de la cláusula sobre la comisión de apertura, pero sin citar expresamente los pronunciamientos de la sentencia que impugna ni los preceptos infringidos.

Se añade que; “es patente que la recurrente únicamente pretende sustituir el criterio objetivo del juez por el suyo propio. solo por ello el recurso debe decaer”y que, contrariamente a lo alegado por la recurrente, la Sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020 manifiesta que la cláusula de la comisión de apertura es susceptible de un control de abusividad desde una perspectiva de un desequilibrio de las partes, pues establece en su apartado 3) que “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”. Con cita de la Sentencia de la AP de SA nº 274/2021 de fecha 26/4/2021 de la AP. de Salamanca que sienta el criterio de que es precisa una prueba específica sobre la prestación de estos servicios y en su ausencia, la cláusula se considera nula, por lo que la parte demandada deberá de restituir su importe.

Respecto a las costas se alega la doctrina sentada la sentencia supra reseñada que se reproduce parcialmente, así como la del TS en los supuestos de pretensiones deducidas de forma subsidiaria.

Se solicita la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos con imposiciones costas a la parte recurrente.

SEGUNDO – Examen de las actuaciones.

A)– Con la demanda se acompañó la escritura del préstamo el 23 de noviembre de 2007 (Vid. Documento número 1 de la demanda) y dentro de esta la cláusula cuarta reza del tenor literal siguiente: “ 4.1.-Comisión de apertura: El préstamo que se instrumenta en la presente escritura, devenga a favor del Banco por el solo hecho de la formalización del mismo y por una sola vez, una comisión de apertura del 0,800 % equivalente a MIL TRECIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS (1.376,00 €); con un mínimo de SEISCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON SEIS CÉNTIMOS DE EURO (631,06 €). Dicha comisión se calculará sobre el capital del préstamo y se devengará y hará efectiva en el día de hoy.”

B)– En la contestación se argumentó que la cuestión sobre la validez de la cláusula relativa a la comisión de apertura ha sido ya resuelta por el TS en el sentido de estimarse su plena validez y transparencia; así, debe desestimarse la petición de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, y ello en atención a lo resuelto por las STS núm. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, a cuya fundamentación se remiten.

C)- En la Audiencia Previa celebrada en fecha 6-7-21 Se propuso prueba documental, quedando los autos para sentencia.

D) – No resulta acreditado que la comisión de apertura responda a unos servicios efectivamente prestados, que comunicados a la parte actora fuera aceptados por esta.

TERCERO –Es cierto que el TS entre otras en **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero**, estableció categóricamente que la comisión de apertura formaba parte del precio, por lo que no podría declararse la misma como abusiva, **a salvo de que no superara el control de transparencia.**

En concreto decía que, como componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido y solo puede ser sometida al control de transparencia (art. 4.2 Directiva

93/13/CEE) y además, justificaba su aplicación en que efectivamente obedezca a un servicio prestado: *“La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual “no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión” de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que es abusiva, resulta contradictoria. La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”. Y añade que cualquier consumidor sabe que el banco va a cobrar una comisión de apertura por lo que, en líneas generales, avalaba la aplicación de esta.*

Sin embargo, el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020 ha venido a dejar claro, en primer término, que la Comisión de Apertura no forma parte del precio. En concreto dice el TJUE: *“Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.”* Y esto es relevante porque permite analizar la cláusula, en cuanto a que supone un posible desequilibrio importante.

En concreto dice, que hay que analizar si existe un servicio efectivamente prestado. De acuerdo con el criterio sostenido en la anterior resolución, se mantiene la nulidad de la comisión de apertura, pues la entidad demandada y

apelante no ha demostrado que el importe de dichas comisiones responda a servicios efectivamente prestados.

CUARTO- La estimación de la demanda determina con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394 de LEC las costas de la primera instancia a la parte demandada y debe además recordarse la Doctrina que subyace en la sentencia 472/2020 del TJUE de fecha 17 de septiembre 2020, recurso (cas) 5170/ 2018...” en los litigios sobre cláusulas abusivas , si en virtud de la excepción de la regla general del vencimiento objetivo por la existencia de dudas de hecho o de derecho , el consumidor pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y por tanto no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas.”

Costas de segunda instancia artículo 398 de LEC.

A la vista de lo argumentado, en nombre del Rey, y en virtud de las facultades atribuidas por la Constitución Española.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de Apelación formulado por el Procurador Sr. [REDACTED] en nombre y representación de Banco Santander, contra la Sentencia de fecha 7 de JULIO de 2021 dictada en Procedimiento Ordinario nº 813 / 2020 seguido en el juzgado de Primera instancia nº 9 de Salamanca que se confirma, con imposición de costas de esta alzada a la parte recurrente.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.: 03014-42-1-2020-0024871

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004437/2020-PAT

De: [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL S. A.

Procurador/a [REDACTED]

SENTENCIA N° 001070/2022

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA

Lugar: ALICANTE

Fecha: veintiocho de febrero de dos mil veintidós

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA BANCO DE SABADELL S. A.

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4437/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes (Doc. 1 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria asistida y representada en los términos expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los

siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, ante lo solicitado por las partes y estrictamente carácter jurídico de lo debatido, con apreciación como prueba de la documental aportada, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada la Cuantía del procedimiento en 4.704,68 euros, para que refleje el interés económico representado en el proceso, aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada 17/11/2005 Doc.1 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La cláusula indicada prevé una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un importe o tanto proporcional del capital del préstamo, reclamando la parte actora por su aplicación de **4.080 euros**.

Por último, la cláusula de GASTOS respectiva determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 2 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de gastos notariales 198.30 euros
- 100% de gastos registrales 135.40 euros
- 100% de gestoría 159 euros
- 50% de tasación de inmueble 131.98 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la

contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que "en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario", añadiendo en su apartado 164 que "Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de

negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter

predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato, cabe realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que

puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma"; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma*

distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria-, es razonable

distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que *"Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020 (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."*

Por lo que respecta a los gastos de **Tasación** reclamados (50%, es decir 131.98 euros) ha de accederse a dicha restitución en aplicación del principio dispositivo y de aportación de parte que rige en el proceso civil, y ello pese a que en los mismos términos referidos para gastos de Gestoría conste como más novedoso, en defecto de aplicación de la Ley 5/2019, un criterio de restitución íntegra.

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”*.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”*.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni

confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría, Registro de la Propiedad y Tasación de inmueble.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría y Tasación, y la integridad de registrales y de gestoría; como consecuencia de la nulidad de la referida cláusula abusiva. Y todo ello sin perjuicio de la validez del contrato a pesar de la nulidad de las cláusulas que declara la presente resolución.

Así, tomando las cifras anteriormente indicadas en esta resolución, respecto a las cifras indicadas y como consecuencia de la nulidad de la cláusula declarada, la entidad demandada deberá restituir al prestatario un total **624.68 euros.**

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, de una cifra a tanto alzado o tanto por ciento (2 %) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (4.080 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen

hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018**, cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1. párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura.

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente

prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura, ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarlos por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura.

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963, 2-12-1983, 20-5-1986, 19-7-1989, 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones

formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquélla presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado.”

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que “Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y

jurisprudencia citada)".

(Fundamento 64) "Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este".

(Fundamento 70) "En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo."

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que "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."

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (**4.080 euros**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y

se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta, una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se aprecia que el presente caso es de estimación sustancial de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo sustancial** la demanda interpuesta por representación de [REDACTED] frente a BANCO SABADELL S.A. y, en consecuencia:

1. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS-** a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis (Doc. 1 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 624.68 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Gestoría, Registro y Tasación de inmueble, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA-** a cargo del prestatatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 4.080 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula, con intereses desde la fecha de cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

- 3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.: 03014-42-1-2020-0024910

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004413/2020-ANT

De: [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL S. A.

Procurador/a [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 001293/2022**JUEZ QUE LA DICTA:** D/D^a JOSE MARIA BERNABEU VERGARA**Lugar:** ALICANTE**Fecha:** catorce de marzo de dos mil veintidós**PARTE DEMANDANTE:** [REDACTED]**Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]**PARTE DEMANDADA BANCO DE SABADELL S. A.****Abogado:** [REDACTED]**Procurador:** [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4413/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes (Doc. 1 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria asistida y representada en los términos

expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, celebrada audiencia previa, ante lo solicitado por las partes y estrictamente carácter jurídico de lo debatido, con apreciación como prueba de la documental aportada, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada la Cuantía del procedimiento en 5.775,93 euros, para que refleje el interés económico representado en el proceso, aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada 14/2/2006 (Doc.1 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La cláusula indicada prevé una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un importe o tanto proporcional del capital del préstamo, reclamando la parte actora por su aplicación de **5.100 euros**.

Por último, la cláusula de GASTOS respectiva determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 2 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de gastos notariales 283.18 euros
- 100% de gastos registrales 142.75 euros
- 100% de gestoría 250 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante; salvo en lo relativo a la nulidad de la Cláusula de GASTOS y restitución económica a lo que mostraba ALLANAMIENTO PARCIAL ex art. 21 LEC..

SEGUNDO.- En primer lugar, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137

los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que "en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario", añadiendo en su apartado 164 que "Más aún, de hecho aunque no

existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el

seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Consta ALLANAMIENTO a la nulidad y restitución económica, por lo que debe acordarse así ex art. 21 LEC.. No obstante, a efectos meramente ilustrativos, se indica que al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato cabría realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la

mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma"; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *"Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una*

institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el

préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la

inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que "*Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de julio de 2020** (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.*"

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”*.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”*.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni

confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría, Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría, y la integridad de registrales y de gestoría; como consecuencia de la nulidad de la referida cláusula abusiva. Y todo ello sin perjuicio de la validez del contrato a pesar de la nulidad de las cláusulas que declara la presente resolución.

Así, tomando las cifras anteriormente indicadas en esta resolución, respecto a las cifras indicadas y como consecuencia de la nulidad de la cláusula declarada, la entidad demandada deberá restituir al prestatario un total **675.93 euros**.

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, de una cifra a tanto alzado o tanto por ciento (%) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (5.100 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018,** cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura , lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura , ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura.

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9-05-2013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará

abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura, ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura.

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de

apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquella presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado."

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que "Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)".

(Fundamento 64) "Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación

esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

(Fundamento 70) “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.”

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que “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.”

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (**5.100 euros**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado

y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta, una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, no siendo relevante el allanamiento a tales efectos pues el mismo es parcial, se aprecia que el presente caso es de estimación íntegra de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo íntegro** la demanda interpuesta por

representación de [REDACTED] frente a BANCO SABADELL S.A. y, en consecuencia:

1. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis (Doc. 1 dda.)**, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 675.93 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Gestoría, Registro, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA-** a cargo del prestatatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 5.100 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula, con intereses desde la fecha de cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

- 3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y

los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 BIS DE ALICANTE

N.I.G.:03014-42-1-2021-0015961

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 003198/2021-RA

De:

Procurador/a

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL S. A.

Procurador/a

SENTENCIA NÚM. 2.695/2022

En Alicante, a 20 de mayo de 2.022.

Vistos por el Ilmo. Sr. Don AGUSTÍN VALERO MACIÁ, Magistrado-Juez en comisión de servicio del Juzgado de 1ª Instancia nº5 bis de Alicante, los presentes Autos de Juicio Ordinario promovidos por la Procurador doña [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] bajo la dirección letrada de don Juan Pablo Palomar Pérez, contra Banco Sabadell S.A., representado por la Procurador doña [REDACTED] y asistido por el Letrado [REDACTED] ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes Autos se incoaron en virtud de demanda repartida a este Juzgado, presentada por la indicada Procurador de la parte actora, por la cual promovía Juicio Ordinario contra el también identificado, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derechos que estimó pertinentes, terminaba suplicando una sentencia por la que:

1.- Se declarara la nulidad, por abusivas, de las siguientes cláusulas contenidas en la escritura pública otorgada por las partes en fecha 4 de septiembre de 2.007, suprimiéndolas del contrato:

1.1.- Cuarta, relativa a la comisión de apertura.

1.2.- Y quinta, relativa a gastos a cargo del prestatario.

2.- Y se condenara al demandado al pago de:

2.1.- 601,01 euros por comisión de apertura.

2.2.- 690,63 euros por gastos.

En ambos casos más el interés legal y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que, en tiempo y forma, compareciera y contestara, verificándolo para allanarse a las pretensiones relativas a gastos y oponerse a las restantes.

TERCERO.- Convocada la Audiencia Previa, comparecieron ambas partes para ratificar sus respectivos escritos y solicitar el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la documental por reproducida, por lo que se declararon los Autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comparece la parte actora manifestando que sus mandantes y demandado otorgaron escritura pública de préstamo hipotecario en fecha 4 de diciembre de 2.007.

En la estipulación cuarta, se establece una comisión de apertura del 0,350% sobre el principal con un mínimo de 601,01 euros, cantidad ésta abonada por sus mandantes.

De otra parte, la cláusula quinta dispone que serían cargo de la parte prestataria todos los gastos y tributos, habiendo abonado :

- .- 290,2 euros correspondientes al 50% del arancel notarial.
- .- 167,44 euros por Registro.
- .- 232,99 euros por gestoría.

Estimando que las citadas estipulaciones son abusivas, en cuanto predispuestas por el demandado y sin negociación alguna con sus mandantes, consumidores, se interesa una sentencia en virtud de la cual se declare su nulidad, condenando al demandado a reintegrar las cantidades citadas por gastos y comisión de apertura, más los intereses legales desde la respectiva fecha de abono.

Frente a ello se alza la entidad demandada para allanarse a la pretensión declarativa de nulidad de las cláusula gastos y de reintegro.

En cuanto a las restantes pretensiones, se formula oposición con base en los hechos y fundamentos de derecho que constan en el escrito de contestación a la demanda y que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- Sintetizados los términos de la controversia, procediendo al examen de las cláusulas impugnadas siguiendo el ordinal que las identifica, en

cuanto a la cláusula cuarta, comisión de apertura, la sentencia del TJUE de 16-7-20 ha venido a sentar, de una parte, que la inclusión de la comisión de apertura en el precio del contrato no le otorga la condición de prestación esencial de éste y, de otra parte, que la imposición de la misma puede causar al consumidor un detrimento contrario a las exigencias de la buena fe, así como un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Señala el Alto Tribunal Europeo⁶² A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32).

63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada).

64 No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

.....

66 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

67 Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, 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 valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él

68 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 cuenta 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 .

.....

70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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”

Por todo ello concluye el TJUE que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato ni puede calificarse de prestación esencial, pese a que se incluya en el coste total del préstamo. Señala el citado Tribunal “las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro. ”

Sentada tal conclusión, recuerda el TJUE que “las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que 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 “

Trasladado al supuesto de Autos, se considera que la comisión de apertura no constituye un componente esencial del contrato, al menos no se ha acreditado por la entidad financiera, en el sentido de que defina una prestación que integre el objeto principal del mismo.

En segundo lugar, aunque la cláusula es clara y no ofrece dificultades de comprensión gramatical, no consta que la entidad financiera proporcionara al consumidor información suficiente para que este pudiera tomar 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.

Y, finalmente, en tercer lugar, tampoco se ha desplegado actividad probatoria alguna por la entidad prestamista para acreditar que la citada comisión respondiera a unos servicios efectivos y que ocasionara gastos concretos.

Consecuentemente, procede estimar la demanda en este punto y declarar la nulidad interesada, condenando al demandado al pago de 601,01 euros.

Al respecto se ha pronunciado la Secc. 8ª A.Pr. de Alicante en st de 14-9-20. Dice la sentencia :

“Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si su cobro al prestatario responde o no a un servicio efectivamente prestado o si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste. Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario. La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas,.....

.....

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado. A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita, por abusiva, cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria. Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5

establece el carácter abusivo de aquellas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado. De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.....

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio. El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado (" En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").
Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura, ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

.....

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial.

En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos. A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado. "

TERCERO.- Por lo que se refiere a la cláusula gastos, de conformidad con los arts. 19.1 y 21. 1 Lec, procede acoger el allanamiento formulado y declarar su nulidad, condenando al demandado al reintegro de 690,63 euros.

CUARTO.- La estimación de la demanda determina la imposición de costas a la parte demandada, sin que a ello obste el allanamiento formulado, de una parte, atendido su carácter parcial y, de otra parte, especialmente, por la desatención de la interpelación preprocesal(art. 394y 395 Lec.).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procurador doña [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED] contra Banco Sabadell S.A., representado por la Procurador [REDACTED]

1.- Debo declarar y declaro la nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en la escritura pública otorgada por las partes en fecha 4 de diciembre de 2.007:

1.1.- Cuarta, sobre comisión de apertura.

1.2.- Quinta, sobre gastos a cargo del prestatario.

2.- Debo condenar y condeno al demandado al pago:

.- 601,01 euros en concepto de comisión de apertura.

.- 690,63 euros en concepto de gastos.

.- en ambos casos, más el interés legal computado desde la respectiva fecha de abono.

3.- Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma procede recurso de apelación a interponer en el plazo de 20 días ante este Juzgado, acreditando la constitución de depósito por importe de 50 euros mediante ingreso en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, así como, en su caso, el pago de la tasa establecida por Ley 10/2.012.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a Autos, incorporándose el original al libro de sentencias, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

Notificado: 27/07/2021

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 25 BIS DE VALENCIA

teléfono: 96-192-90-91 fax 96-192-72-64

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

N.I.G.: 46250-42-1-2020-0050219

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) [OR5] - 003847/2020-

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Contra: D/ña. DEUTSCHE BANK SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA

Procurador/a [REDACTED]

SENTENCIA núm. 3411/2021

En Valencia, a 23 de julio de 2021.

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo al Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 3847/2020, promovidos por el procurador de los tribunales [REDACTED] representación de D. [REDACTED] bajo la dirección letrada de D. Juan Pablo Palomar Pérez, contra CAJAMAR CAJA RURAL SCC, representado por la procuradora de los tribunales [REDACTED] bajo la dirección letrada de [REDACTED] con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por la representación procesal de la parte actora, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y en la que, después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, se termina solicitando que previos los trámites legales, se dicte sentencia que declare:

"a) LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CONDICIÓN GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA CLÁUSULA CUARTA RELATIVA A LA COMISIÓN DE APERTURA DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 30 de enero de 2.012, formalizado por los actores ante el Notario de Valencia D. Ricardo Monllor González, con numero de protocolo 91. Dicha declaración de nulidad deberá comportar que se tenga la condición general de contratación por no puesta con los efectos inherentes a tal declaración.

b) LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CONDICIÓN GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA RELATIVA A LOS GASTOS DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 30 de enero de 2.012, formalizado por los actores ante el Notario de Valencia D. Ricardo Monllor González, con numero de protocolo 91. Dicha declaración de nulidad deberá comportar que se tenga la condición general de contratación por no puesta con los efectos inherentes a tal declaración.

Y asimismo, estimando las acciones de restitución de cuantías indebidamente abonadas, CONDENE:

a) A LA RESTITUCIÓN A LOS ACTORES DE SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (787,50 €) EN CONCEPTO DE LA COMISION DE APERTURA INDEBIDAMENTE ABONADA, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de su abono hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

b) A LA RESTITUCIÓN A LOS ACTORES DE MIL CINCO EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS DE EURO (1.005,10 €) EN CONCEPTO DE GASTOS DEL PRESTAMO HIPOTECARIO INDEBIDAMENTE ABONADOS, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de su abono hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en concordancia en su caso con lo establecido en el apartado 5) del fallo judicial de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (asunto C-224/2019).”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo, allanándose parcialmente a las pretensiones de contrario.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio. Comprobado que subsiste el litigio, se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 LEC. La prueba admitida se ha limitado a la documental por reproducida, quedando los autos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las pretensiones de la parte actora.

Con la demanda rectora de estos autos, dirigida contra CAJAMAR CAJA RURAL SCC, interesan [REDACTED] que se declare la nulidad de la cláusula de gastos y de la comisión de apertura de las estipulaciones financieras de la escritura pública de “PRÉSTAMO HIPOTECARIO” autorizada el 30 de enero de 2012 en Valencia, por el Notario [REDACTED] con número de protocolo 91, por ser una cláusula abusiva, establecida sin negociación, por la que se impone el pago de todos los gastos de la formalización de la hipoteca, sin distinción, al prestatario y causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Como consecuencia asociada a la anterior declaración, se solicita la condena de la parte demandada a reintegrar las cantidades pagadas como consecuencia de la formalización de la hipoteca.

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.

SEGUNDO.- De la oposición de la demandada.

La parte demandada se ha allanado parcialmente respecto de a la declaración de nulidad de la cláusula de atribución de gastos, aceptando el pago de las sumas reclamadas, oponiéndose a en cuanto a las pretensiones relativas a la comisión de apertura.

TERCERO.- De las consecuencias de allanamiento.

Siendo que el allanamiento parcial no supone fraude de ley, renuncia contra el interés general o perjuicio para tercero, es procedente estimar las pretensiones de la parte actora relativas a la comisión de atribución de gastos.

CUARTO.- De la comisión de apertura.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la comisión de apertura, se indica en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, que “[e]l hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este.” Y la consecuencia es, como se añade en esta sentencia, que “[e]n cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.”

Cualidades (claridad y sencillez de comprensión) que reúne la cláusula examinada.

Y si la cláusula no integra el objeto principal del contrato incumbe al juez nacional, como impone la antedicha sentencia 16 de julio de 2020, comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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.”

Exigencia, la de informar debidamente al cliente, cuyo cumplimiento no ha acreditado la entidad crediticia; ya que de no consta en la documental, cual fue la información suministrada sobre el contenido de la cláusula, de su funcionamiento y función dentro del contrato, en relación a los servicios efectivamente prestados y gastos en que incurrió la entidad. No siendo bastante, con la mera inclusión de la comisión en el clausulado del contrato, sin especificar su función dentro del mismo, ni los servicios o gastos concretos que justifique su inclusión y precio.

Resulta además, que conforme a la meritada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la "(...) 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."

Y puesto que la demandada no ha indicado ni acreditado los servicios efectivamente prestados, ni su efectivo coste, no cabe sino declarar de nulidad de la indicada cláusula, debiendo restituir la entidad demandada el importe satisfecho por la misma consistente en 787'50 €, más los intereses legales desde la fecha de abono.

QUINTO.- De las costas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas procesales se imponen a la parte demandada al ser estimadas las pretensiones de la actora en su integridad.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso planteado,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] contra CAJAMAR CAJA RURAL SCC:

1.- Declaro nula por abusiva de la condición general de contratación de la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de enero de 2.012, formalizado por los actores ante el Notario de Valencia [REDACTED] con numero de protocolo 91.

Declaración de nulidad que comporta que se tenga la condición general de contratación por no puesta con los efectos inherentes a tal declaración.

2.- Declaro nula por abusiva de la condición general de contratación de la cláusula quinta relativa a los gastos de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de enero de 2.012, formalizado por los actores ante el Notario de Valencia [REDACTED] con numero de protocolo 91.

Declaración de nulidad que comporta que se tenga la condición general de contratación por no puesta con los efectos inherentes a tal declaración.

3.- Condeno a la demandada a:

a) A la restitución a los actores de setecientos ochenta y siete euros con cincuenta céntimos de euro (787,50 €) en concepto de la comisión de apertura indebidamente abonada, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de su abono hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

b) A la restitución a los actores de mil cinco euros con diez céntimos de euro (1.005,10 €) en concepto de gastos del préstamo hipotecario indebidamente abonados, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de su abono hasta la fecha de la sentencia y los intereses judiciales del art. 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

4.- Condeno a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

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

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.:03014-42-1-2020-0024886

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004427/2020-PAT

De: [REDACTED]

Procurador/a [REDACTED]

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL S. A.

Procurador/a [REDACTED]

SENTENCIA N° 005112/2021

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA

Lugar: ALICANTE

Fecha: veintinueve de noviembre de dos mil veintiuno

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA BANCO DE SABADELL S. A.

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4427/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos, de comisión de apertura, insertas en escritura de préstamo hipotecario de fecha 18/1/2007, con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a BANCO SABADELL S.A.. asistida y representada en los términos expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, las partes fueron convocadas al acto de audiencia previa, el cual se celebró por vía telemática con intervención de ambas partes.

Admitida prueba documental en exclusiva, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada la Cuantía del procedimiento en 5968,70 euros, a fin de que en ella se integren todos los elementos económicos reclamados/cuantificados finalmente en el proceso (lo reclamados por comisión de apertura, por gastos hipotecarios) aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada (Doc. 1 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

Se impugna la validez de la cláusula que establece en la escritura una previsión de una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un tanto por ciento del capital prestado, es decir 5.260 euros que se reclaman.

Por último, la cláusula de GASTOS respectiva determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 2 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de gastos notariales: 291.54 euros
- 100% de gastos registrales: 167.16 euros
- 100% de gastos de gestoría: 250 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante.

SEGUNDO.- En primer lugar, se afirma que la **acción declarativa de nulidad** ejercitada no ha caducado en atención a la normativa vigente. La acción de nulidad de cláusulas abusivas constituye un supuesto de nulidad radical, o de pleno derecho (83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.3 CC), y por tanto, es imprescriptible (19.4 LCGC). Este criterio se ratifica reiteradamente por la propia Audiencia Provincial de Alicante, que concluye que *“la acción ejercitada en la demanda no es la de anulabilidad por concurrencia de un vicio del consentimiento, sino la de nulidad por falta de transparencia y abusividad (artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y, es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la acción de nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho no está sometida a plazo de prescripción ni de caducidad”* (fundamento jurídico primera de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8ª de 10 de marzo de 2017. Por lo tanto, no se aprecia en modo alguno la caducidad de la acción.

A continuación sobre el particular alegado en la contestación a la demanda, **en lo relativo a la posible prescripción de la acción de restitución**, y debiendo

ser afirmada la incertidumbre que ha acompañado a la materia, a fin de otorgar la solución más equitativa, tomaremos como criterio el más reciente afirmado por la **Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia nº 1057/2021 de 17 de septiembre de 2021 (Pte. Ilmo Sr. García-Chamón Cervera).**

Refiere de modo ilustrativo el tenor literal de la meritada resolución que *"Sobre la duración del plazo de prescripción es prácticamente unánime la opinión de que el plazo es el general de las acciones personales previsto en el artículo 1.964.2 del Código civil, inicialmente de quince años. Tras su reforma por la Ley 42/2015 se fija en cinco años "desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan", con la previsión intertemporal contenida en la Disposición transitoria quinta que remite a las acciones nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esa Ley a lo*

dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil. En consecuencia, si la acción de restitución se considera nacida antes del 7 de octubre de 2015 (día siguiente al de la publicación en BOE y que fija la entrada en vigor de la Ley 42/2015) porque antes de esa fecha podía exigirse el cumplimiento de la obligación, se aplicará el plazo de prescripción de quince años. Ahora bien, ese plazo de quince años tiene un límite, pues en todo caso prescribirá a los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015.

Sobre la duración de cinco años del plazo de prescripción, la citada STJUE de 16 de julio de 2020 no formula ninguna objeción al considerarlo conforme con el principio de efectividad:

"87. Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la

práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13."

TERCERO.- *La controversia surge en el momento de determinar el término inicial o dies a quo del plazo de prescripción.*

El precepto que regula con carácter general el inicio del cómputo del plazo de prescripción es el artículo 1.969 C.c.: "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse." Coinciden todos en que el referido precepto acoge el principio de la actio nata, esto es, el de que no comienza a correr el plazo de prescripción mientras la acción no nace, lo que ocurre cuando puede ser ejercitada y, no, antes. La jurisprudencia (STS número 350/2020, de 24 de junio), al interpretar este precepto, declara:

"Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015, que "El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actio nondum nata praescribitur [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar."

Así pues, hemos de determinar el momento en el que concurren los elementos fácticos y jurídicos idóneos para que el prestatario pueda ejercitar válidamente su acción de condena.

Esta Sección mantuvo en un principio que la restitución de los gastos era un efecto inherente a la declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos y, consiguientemente, esta declaración de nulidad operaba como dies a quo.

El mantenimiento de esta tesis se compadecería mal con el pronunciamiento del TJUE, en su Sentencia de 16 de julio de 2020, que ha venido a proclamar la dualidad de acciones (nulidad - restitución), tal y como hemos expuesto más arriba; pues esta tesis parte de considerar precisamente lo contrario, esto es, que la restitución es un mero efecto o consecuencia inherente de la declaración de nulidad.

Al hacer depender el inicio del plazo de prescripción de la previa estimación de la

acción declarativa de nulidad de la cláusula abusiva convierte, en realidad, en imprescriptible también la acción de condena a la restitución.

La imprescriptibilidad de hecho de la acción de restitución de los gastos a la que conduce esta tesis se opone al reconocimiento de la existencia de un plazo de prescripción de la acción de restitución a la que se refiere la doctrina del Tribunal de Justicia:

"No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 69)."

Posteriormente, a partir del mes de septiembre de 2020, esta Sección fijó como dies a quo la fecha del pago de los gastos por el prestatario al considerar que en ese momento concurrían los elementos fácticos y jurídicos para poder ejercitar la acción de restitución.

Sin embargo, reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 9 de julio de 2020, apartados 67 y 75; 16 de julio de 2020, apartado 91; 22 de abril de 2021, apartado 66 y; 10 de junio de 2021, apartado 46), en aplicación del principio de efectividad que informa la autonomía procesal de los Estados miembros en virtud del cual las normas nacionales sobre prescripción no pueden hacer imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos, en nuestro caso,

por la Directiva 93/13, han fijado como dies a quo del plazo el del momento en que el consumidor tuvo conocimiento razonable del carácter abusivo de la cláusula sin que pueda considerarse como tal el momento en que se produjo el enriquecimiento injusto. Este Tribunal considera que el momento del conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no puede hacerse depender del conocimiento individual por cada uno de los prestatarios sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos y de la posibilidad de exigir la restitución de los pagos indebidos porque sería contrario al principio de seguridad jurídica. De un lado, ante préstamos otorgados en la misma fecha, con una

cláusula de gastos idéntica y con una coincidente fecha de pago de los gastos, el plazo de prescripción comenzaría a correr en función del conocimiento adquirido por cada uno de los prestatariosconsumidores.

De otro lado, haría imposible de forma objetiva el momento concreto de la adquisición del conocimiento por ese prestatario-consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula porque dependería de su exclusiva voluntad, lo que vulneraría el artículo 1.256 del Código civil.

Al reiterar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como término inicial del plazo de prescripción el momento del "conocimiento razonable" del carácter abusivo de una cláusula por parte del consumidor, consideramos que debemos estar al momento en el que un prestatario pudo conocer objetivamente el carácter abusivo de la cláusula de gastos y la posibilidad del ejercicio de la acción dirigida a su restitución.

Este momento viene determinado por la STS Pleno Sala Primera de 23 de diciembre de 2015 porque es la primera vez en que expresamente la jurisprudencia nacional declara el carácter abusivo de la cláusula sobre gastos con un contenido similar al del presente procedimiento y porque fue el fundamento jurídico en el que se apoyaron numerosos procedimientos iniciados por multitud de prestatarios-consumidores en cuyas demandas solicitaban la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la restitución de los gastos indebidos.

Como en nuestro caso la demanda fue presentada en el mes de marzo de 2019 es evidente que no había transcurrido el plazo de cinco años, por lo que hemos de revocar la estimación de la excepción de prescripción por las razones expuestas."

En el presente supuesto, de acuerdo al citado criterio y presentada demanda en fecha 1/2020, se ha de confirmar que no ha prescrito la acción de restitución, ya fuere por gastos hipotecarios y comisión de apertura en su caso reclamados.

Debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo

específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que *“en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestos y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario”*, añadiendo en su apartado 164 que *“Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”*.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, "la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente".

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, de un tanto por ciento (2%) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (5260 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018,**

cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, de 3HYPERLINK "https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7d95836&producto_inicial=A&anchor=ART.5"1 de marzo (EDL 2009/22582), 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura.

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9-05-2013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio

del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura, ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarlos por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura.

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el

tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquella presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado.”

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que “Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo

hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

(Fundamento 64) “Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

(Fundamento 70) “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.”

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que “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.”

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.

Se debe declarar, pues, la nulidad de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (5.260

euros), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula CUARTA indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

CUARTO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Consta en autos ALLANAMIENTO DE LA DEMANDADA a la nulidad y restitución económica, por lo que procede acordarlo así ex art. 21 LEC.

No obstante, a efectos meramente ilustrativos, se indica que al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato, cabe realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama,

sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma"; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».*

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- *En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.*

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la

obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los

imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que "Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de julio de 2020** (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."

CUARTO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en

consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, aun cuando se ha manifestado por el Tribunal Supremo que la procedencia de la restitución deriva de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”*.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de*

otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría y Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda , cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría , y la integridad de Registro y Gestoría ; como consecuencia de la nulidad de la referida cláusula abusiva Y todo ello sin perjuicio de la validez del contrato a pesar de la nulidad de las cláusulas que declara la presente resolución.

Así, tomando las cifras anteriormente indicadas en esta resolución, respecto a las cifras indicadas y como consecuencia de la nulidad de la cláusula declarada, la entidad demandada deberá restituir al prestatario, confirmado el abono por la documentación aportada, la cantidad correspondiente al cincuenta por ciento de los gastos imputables de Notaría, ello es 291.54 euros, y la integridad de lo imputable al préstamo por aranceles de Registro de la propiedad (167.16 uros) y Gestoría (250 euros).

Lo indicado hace un total a abonar por gastos hipotecarios soportados por el

prestatario de 708.70 euros.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta, una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se aprecia que el presente caso es de estimación íntegra de demanda, no siendo relevante a tal efecto el ALLANAMIENTO PARCIAL expresado. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo íntegro** la demanda interpuesta por representación de [REDACTED] frente a BANCO SABADELL S.A. y, en consecuencia:

1. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula -de COMISIÓN DE APERTURA-** a cargo del prestatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario de fecha 18/1/2007, y consiguientemente, su **NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y CONDENO A LA DEMANDADA por su aplicación al abono a la parte actora de 5.260 euros**, más los intereses legales procedentes de acuerdo a la presente por su aplicación.

- 2. **DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS-** a cargo del prestatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario de 18/1/2007, y consiguientemente, su **NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 708.70 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Notaría, Registro y Gestoría, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.

Notificado: 27/05/2021

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 25

VALENCIA

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

N.I.G.: 46250-42-1-2020-0050221

Procedimiento: Asunto Civil 000002/2021

S E N T E N C I A N° 597/2021

JUEZ QUE LA DICTA: [REDACTED]

Lugar: VALENCIA

Fecha: veintisiete de mayo de dos mil veintiuno

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: PALOMAR PEREZ, JUAN PABLO

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa)

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 la 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 CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO que se declare la nulidad de la cláusula de gastos de las estipulaciones financieras de la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada el 22 de septiembre de 2008 por ser una cláusula abusiva, establecida sin negociación, por la que se impone el pago de todos los gastos de la formalización de la hipoteca, sin distinción, al prestatario y causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Asimismo, como consecuencia de esta declaración, se insta la condena de la demandada a reintegrar las cantidades pagadas como consecuencia de la formalización de la hipoteca, en relación la cantidad señalada. Si bien en la audiencia Previa concretó dicho importe en la cantidad señalada. Así como la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

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, retiró en la audiencia previa la excepción de prescripción de la acción de restitución y se allanó a la nulidad de la cláusula de gastos.

SEGUNDO.-En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las cláusulas, y el control al que puedan ser sometidas, debe tenerse presente conforme al artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que "son condiciones generales de la contratación 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".

Resulta por tanto, que como así se desprende de la sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo, es requisito, entre otros, para que una cláusula pueda ser calificada como condición general de la contratación, que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, 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.

Señala la indicada sentencia n.º 241/2013, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y también se dice en esta sentencia, que "la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

Resulta por tanto que es el empresario o profesional quien debe pechar con la carga de probar que la cláusula contractual se ha negociado individualmente.

Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso, como se exigen en la sentencia 265/2015 del Tribunal Supremo, de 22 de abril, "(...) 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."

Así las cosas, puesto que no consta la negociación individual de la cláusula de autos, deben calificarse de condición general de la contratación, pues se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina. Requisitos que según la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, son: 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.

Dicho esto, resulta que 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, 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.

TERCERO.- Cláusula de Gastos. En lo que se refiere al análisis del carácter abusivo de la cláusula, dado el allanamiento de la demandada procede declarar la nulidad de la cláusula impugnada de acuerdo con lo solicitado en la demanda.

En lo que se refiere a las consecuencias de la declaración de nulidad, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 83 del 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en SS de fecha 23 de enero de 2019, "No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas."

De igual modo en las indicadas resoluciones el Alto Tribunal ha determinado los criterios para la distribución de los gastos e impuestos de la operación, estableciendo para los aranceles notariales el criterio de: "es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento"; aranceles de registro: "en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista"; gastos de gestoría: "el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". En cuanto al gasto de tasación, tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, declarada la nulidad de la cláusula y no existiendo norma nacional que prevea la asignación de dicho gasto, no cabe modular el alcance anulatario de la mencionada cláusula.

En el presente supuesto se han reclamado la restitución de las cuantías abonadas en concepto de 50% de notaría, 100% de registro, 100% de gestoría.

De esta forma sobre lo solicitado, procede fijar en concepto de:

gastos de notaría la cantidad de 309,15 .- euros
gastos de registro la cantidad de 115,35 .- euros
gastos de gestoría la cantidad de 266,80 .- euros

Y ello por cuanto se aporta factura abonada de dichos importes, documento suficiente para acreditar la realidad del pago y los importes abonados.

A dichas cantidades se le añadirá el interés legal desde el pago de las mismas por el consumidor.

CUARTO.- En relación a la comisión de apertura, atendiendo a la naturaleza de dicha figura el TJUE en Sentencia de 16 de julio de 2020, señala, en su párrafo 71: *"Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro."*

De esta forma dicha cláusula no integra el objeto principal del contrato, de donde tal y como señala la indicada resolución: *" En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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".

Por lo que resulta que incumbe a la entidad prestamista, acreditar que en el momento de celebración del contrato, informó al cliente, del contenido de la cláusula, de su funcionamiento y de su función dentro del contrato.

Por otro lado, sigue indicando el TJUE, en su párrafo 79, en relación a la producción de desequilibrio en la relación contractual: ".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."

Por lo que la entidad prestamista deberá acreditar los servicios efectivamente prestados al prestatario y los gastos que justifiquen la existencia de la comisión de apertura.

En el presente supuesto, de la documental aportada no consta, cual fue la información suministrada por la entidad en el momento de la celebración del contrato, sobre el contenido de la cláusula, de su funcionamiento y función dentro del contrato, en relación a los servicios efectivamente prestados y gastos en que incurrió la entidad, por cuanto si bien consta la estipulación contractual, y de su texto puede entenderse el significado y extensión de la misma, no resulta acreditado, que conste cual es la función dentro del contrato, ni a cambio de que servicios y gastos se devenga, ni cual es el motivo o circunstancia que justifique su precio concreto.

Por todo ello procede la declaración de nulidad de la indicada cláusula, debiendo restituir la entidad demandada el importe satisfecho por la misma consistente en 1.100.- euros, más los intereses legales desde la fecha de abono.

QUINTO.-En materia de costas, dada la estimación de las pretensiones, procede la imposición a la parte demandada.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED]

██████████ frente a CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO debo declarar y declaro nula la cláusula relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario y comisión de apertura, contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 22 de septiembre de 2008 , condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente pagada de

gastos de notaría la cantidad de 309,15 .- euros
gastos de registro la cantidad de 115,35 .- euros
gastos de gestoría la cantidad de 266,80 .- euros,

como consecuencia de la cláusula de comisión de apertura la cantidad de 1.100.- euros,

más intereses legales desde su pago y los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

Con imposición de costas a la parte demandada.

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

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de **apelación** contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

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

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

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE ALICANTE

N.I.G.: 03014-42-1-2020-0025103

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 004533/2020-ANT

De: [REDACTED]
Procurador/a [REDACTED]
Abogado/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANCO DE SABADELL S. A.
Procurador/a [REDACTED]
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 001294/2022

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE MARIA BERNABEU VERGARA

Lugar: ALICANTE

Fecha: catorce de marzo de dos mil veintidós

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador [REDACTED]

PARTE DEMANDADA BANCO DE SABADELL S. A.

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

Vistos y examinados por D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez ssto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, los anteriores autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 4533/2020** en ejercicio de acción declarativa de nulidad de Cláusula de atribución de gastos y comisión de apertura insertas en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes (Doc. 1 y 2 dda.), con reclamación de cantidad por los importes que en mérito a tales cláusulas se hubieren abonado, intereses legales y costas procesales; a instancia de demandante indicado, debidamente asistido y representado, frente a entidad bancaria asistida y representada en los términos expresados; ha dictado la presente resolución sobre la base y estimación de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador indicado, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

Tercero.- Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda por los motivos procesales y sustanciales alegados.

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, celebrada audiencia previa, ante lo solicitado por las partes y estrictamente carácter jurídico de lo debatido, con apreciación como prueba de la documental aportada, ex art. 429.8 LEC., quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis, debiendo ser fijada **la Cuantía del procedimiento en 1.593,77 euros,** para que refleje el interés económico representado en el proceso, aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada 30/9/2013 y 4/4/2017 (Doc.1-2 dda.).

Así, la parte actora ejercitó de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

La cláusula indicada prevé una Comisión de apertura a cargo del prestatario de un importe o tanto proporcional del capital del préstamo, reclamando la parte actora por su aplicación de **750 euros respecto a cada contrato de préstamo.**

Por último, la cláusula de GASTOS de la escritura de 2013 determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 3 y ss (facturas y justificantes de pago.)

De acuerdo a lo anterior se expresa en la audiencia previa, la reclamación por las siguientes cantidades y conceptos:

- 50% de tasación de inmueble 93.77 euros

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de

influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante; salvo en lo relativo a la nulidad de la Cláusula de GASTOS y restitución económica a lo que mostraba ALLANAMIENTO PARCIAL ex art. 21 LEC..

SEGUNDO.- En primer lugar, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*; a lo que añade el apartado segundo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el

contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) 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.

d) 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.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurren los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que “en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario”, añadiendo en su apartado 164 que “Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura

una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su

contenido, y por ende, sin negociación individual.

TERCERO.- Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula indicada de la escritura, relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Consta ALLANAMIENTO a la nulidad y restitución económica, por lo que debe acordarse así ex art. 21 LEC.. No obstante, a efectos meramente ilustrativos, se indica que al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato cabría realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que

puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma”; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)**, confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma*

distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria-, es razonable

distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

*2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.*

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que "*Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020 (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.*"

Es aplicable, respecto al Gastos de **Tasación de inmueble**, el criterio anteriormente referido para Gestoría - restitución del 100% de lo abonado- por guardar identidad de razón. Y ello aun cuando de acuerdo al principio dispositivo que rige el proceso civil, dado que lo solicitado es un 50% de lo abonado haya de accederse a la restitución de dicha cifra solicitada.

TERCERO Bis.- La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”*.

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”*.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya

manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría, Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA indicada-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 2 y ss. de la demanda, cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Tasación de inmueble acreditados, ello es **93.77 euros.**

CUARTO.- En cuanto a la **Comisión de Apertura** aplicada, respecto a cada vínculo, de una cifra a tanto alzado o tanto por ciento (%) sobre el capital del préstamo, reclamándose en la litis la restitución de lo abonado por tal concepto (750 euros), y aun tratándose de una materia que se ha visto sometida a diversos vaivenes jurisprudenciales en la apreciación de su abusividad; en la presente se determina su carácter nulo y su falta de proporcionalidad.

Y ello retomando la línea inicial que marcaba la Audiencia Provincial de Alicante, sobre cuya línea interpretativa se refería que tal comisión no responde a un servicio autónomo y previo realizado por la entidad bancaria, sino a un mero gravamen hacia el prestatario sin justificación alguna.

Como ilustrativo ejemplo de dicho pensamiento se muestra la **Secc, 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de fecha 19 de julio 2018**, cuyos ilustrativos términos expresan que "ha de partirse del hecho de que no se discute el carácter de consumidor de la parte prestataria ni de que la cláusula que nos ocupa es una condición general de la contratación.

El art. 87 LGDCU (EDL 2007/205571) ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") establece

que "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)5. (...)cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado".

Partiendo de la licitud y validez de la comisión de apertura, lo que se debe analizar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, es si el cobro efectuado responde a un servicio efectivamente prestado y si la concesión del préstamo hipotecario conlleva indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria, no repercutido en el precio, pues, caso de haberlo, no sería abusivo facturar por separado dicho coste.

Analizaremos por separado cada uno de estos aspectos.

i) Licitud y validez de la cláusula que establece una comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La validez y licitud de las comisiones bancarias, entre las que se encuentra la llamada de apertura, ha sido reconocida por diversas normas jurídicas, entre las que se pueden destacar:

a) Artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (Orden derogada por la Orden EHA/2899/2011), que, tras reconocer que las comisiones pueden fijarse por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito, establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

b) Artículo 3 (Comisiones) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en su número primero, incide en que "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

c) Art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 2/2009, 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, que dispone que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". Más concretamente, y respecto de la comisión de apertura, el número segundo de dicho precepto establece, en su apartado b), que "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".

d) La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que prevé las comisiones de apertura .

De todas esas disposiciones resulta que, para ser lícito, el cobro de una comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado al cliente con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no responde a un servicio efectivamente prestado.

A sensu contrario, una comisión de apertura no es lícita cuando no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria.

Lo que ratifica, como se dijo, la LGDCU cuando, en su art. 87.5 establece el carácter abusivo de aquéllas estipulaciones que prevean el cobro por servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva, es decir, por servicios que no se han prestado.

De lo que resulta el llamado principio de "realidad del servicio prestado", de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión, lo que justifica el carácter abusivo de la cláusula.

Debiendo tenerse en cuenta que, como declara la sentencia del T.S de 9- 05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

Carácter abusivo de la comisión de apertura cuando no consta que la concesión del préstamo hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestataria que no haya sido repercutido en el precio.

El mencionado art. 87.5, en su último inciso, establece que no se considerará abusiva la facturación por separado del coste que para la empresa suponga indisolublemente el inicio del servicio, cuando no se haya repercutido en el precio y se adecúe al servicio efectivamente prestado ("En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado").

Trasladado ese razonamiento a la comisión de apertura , ésta tendría carácter abusivo cuando el inicio del servicio (habría de entenderse el inicio y proceso de contratación del préstamo hipotecario) no conlleve indisolublemente unido un coste para la entidad bancaria prestamista, que ésta no haya repercutido en el precio. Es decir, que si ese proceso de contratación del

préstamo hipotecario (oferta, simulaciones, gestiones previas, etc.) acarrea ineludiblemente un coste para la entidad bancaria, que ésta no ha repercutido en el precio (el interés remuneratorio), ésta podrá facturarle por separado, siempre que lo haga de forma adecuada al servicio efectivamente prestado. Si el inicio del servicio no supone ese coste añadido para la entidad bancaria, la cláusula que imponga su pago por el cliente consumidor será abusiva.

Análisis del caso concreto que nos ocupa.-

En la contestación a la demanda no se efectuó alegación alguna sobre los servicios que pudieran fundar el cobro de 750 € (un 0,50 % del capital total del préstamo) en concepto de comisión de apertura .

En el escrito de apelación, ya extemporáneamente, se habla genéricamente de los gastos que genera la concesión o tramitación del préstamo, como el de poner a disposición del prestatario el nominal, o los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente ese servicio. Estas alegaciones no pueden ser tenidas en cuenta, por cuanto difieren notablemente de lo alegado en la contestación a la demanda. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que no cabe introducir en la segunda instancia cuestiones que no fueron debatidas en el periodo expositivo del proceso y que por tanto se apartan de los términos en que quedó planteado el debate en la primera instancia puesto que, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia pues a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" (SSTS 5-2 y 11-3-1963 , 2-12-1983 , 20-5-1986, 19-7-1989 , 10-11-1990, 21-4-1992 y 9-6-1997) proclamando la invariabilidad en la segunda instancia de los términos de la litis y el respeto a la situación procesal creada por las partes en la primera instancia, so pena de infringir los principios de igualdad de partes, contradicción y defensa. Esta doctrina es la que informa el tenor del art. 456.1 LEC (EDL 2000/77463), relativo al ámbito del recurso de apelación, al señalar que habrá de estarse a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, consideramos correcta la decisión de anular la cláusula que establece la comisión de apertura , así como la condena a devolver su importe, ya que ni se ha probado que el cobro respondiera a ningún servicio prestado por la entidad bancaria, ni que ese servicio pudiera haber sido individualizado para este cliente en cuestión (lo que podría justificarla), ni menos aún que ese servicio que aquélla presta cuando oferta y contrata préstamos hipotecarios sea ajeno a la propia actividad que constituye su objeto empresarial.

Debiendo añadirse que ni siquiera se ha alegado que el proceso de contratación del préstamo

hipotecario conlleve indisolublemente unido un coste a la entidad bancaria que no haya repercutido en el precio (es decir, en el interés que va a percibir por el capital prestado, atendido el plazo para su devolución). Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que la entidad bancaria ahora apelante no ha demostrado que cobre cantidad alguna a sus clientes cuando el proceso de negociación o contratación no culmina con la celebración del préstamo hipotecario, lo que revela que la actividad desplegada a tal fin no le genera ningún coste que no esté ya incluido dentro de los gastos propios del ejercicio de dicha actividad empresarial. En cualquier caso, lo que el art. 87.5 último inciso trata de impedir es que la comisión de apertura se transforme en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la actividad a los clientes cuando, en absoluto, representa un servicio prestado a los mismos.

A mayor abundamiento, no se da explicación alguna tampoco a que el importe del capital prestado sea un elemento que incremente el coste de los hipotéticos servicios, pues ya se ha dicho que la comisión es un tanto por ciento que se aplica sobre el capital total prestado.”

Y tal sentido interpretativo es el que se extrae asimismo de la **reciente Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020**, y que marcará previsiblemente la nueva línea doctrinal y jurisprudencial en la materia. Se remarca en dicha resolución, al respecto de la Comisión de Apertura inserta en préstamo hipotecario, que

(Fundamento 63) que “Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

(Fundamento 64) “Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

(Fundamento 70) “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos

suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.”

Y finalmente, en el Fundamento 79 se concluye al respecto que “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.”

En el mismo sentido, fiel reflejo de la más reciente línea interpretativa, se muestra la **Sentencia de la Secc. 8ª AP de Alicante n.º 893/2020 de 14 de septiembre.**

Se debe declarar, pues, la **nulidad** de la cláusula de comisión inserta en cláusula 4ª del vínculo suscrito;

Por tales motivos y argumentos, no acreditado por la entidad bancaria el servicio a que responde la comisión, se considera que la cláusula que imponía una Comisión de apertura en el préstamo debe ser considerada nula por su carácter abusivo, y procede, por ende, en aplicación de la restitución prevista en el art. 1303 C.Civil, y a fin de evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, que por la parte demandada se reintegre al demandante la cifra abonada por tal concepto (**1500 euros, por el total de los dos contratos**), cuyo desembolso ha quedado debidamente acreditado en el proceso a través de la documental aportada ex art. 217 LEC (Docs. 1 y ss de la demanda), ya que en la propia escritura pública, Cláusula indicada, se cuantifica el importe de la comisión y se expresa que su pago se hace efectivo en el mismo momento de la concesión del capital de préstamo. Dicho criterio acreditativo ex art. 217 LEC. ha sido convalidado y confirmado por la línea interpretativa marcada por la Secc. 8ª AP de Alicante.

QUINTO.- En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta, una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

SEXTO.- En materia de costas procesales, no siendo relevante el allanamiento a tales efectos pues el mismo es parcial, se aprecia que el presente caso es de estimación íntegra de la demanda. Así, de acuerdo al principio del vencimiento objetivo ex art. 394 LEC., y criterios interpretativos adoptados en el Pleno de deliberación de la Secc. 8ª AP de Alicante celebrado en fecha 21/2/2020, procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo íntegro** la demanda interpuesta por representación de [REDACTED] frente a BANCO SABADELL S.A. y, en consecuencia:

1. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a cargo del prestatatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis de fecha 2013 (Doc. 1 dda.), y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 93.77 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referida escritura, ello es por gastos de Tasación de inmueble, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

2. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -COMISIÓN DE APERTURA- a cargo del prestatatario de la escritura suscritas por las partes de préstamo hipotecario objeto de litis de 2013 y 2017, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y **CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 1.500 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula, con intereses desde la fecha de cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

- 3. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

4. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. D. José María Bernabéu Vergara, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.