

SENTENCIA Nº 2355/2024

En - - - - - , a diecinueve de diciembre de dos mil veinticuatro.

Vistos por mí, Doña **S.C.M.C.M** , Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Málaga y su partido judicial, los autos de juicio ordinario, registrados con el número 935/2024, promovidos por DOÑA **P.D.L.H.M.H. M.** , representada por el Procurador de los Tribunales Don **F.D.P.G.M.** y asistida del Letrado Don **P.L.A.L.A** , contra UNICAJA BANCO S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don **F.M.B.A.M.B.A** y asistida del Letrado Don **F.V.R.V.R** , sobre declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales citado, en nombre y representación de la parte actora, interpuso el 20 de enero de 2024 demanda de juicio ordinario contra la entidad Unicaja Banco S.A.. Dicha demanda terminó suplicando al Juzgado que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad de las estipulaciones de la escritura de préstamo hipotecario formalizado ante la Notaria D^a **A.M.G.M.G** , con de fecha 13-11-2006, bajo el número 1.785 de su protocolo, en los siguientes términos:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula financiera tercera bis que impone un límite al interés variable.

2º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la clausula financiera cuarta, comisión de apertura.

3º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula financiera quinta, gastos a cargo del prestatario.

4º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la clausula financiera sexta, intereses de demora.

5º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula financiera sexta bis, vencimiento anticipado.

6ª.- Declarar la nulidad de pleno derecho del documento privado de “Revisión de Condiciones Financieras de Préstamo Vigentes” de fecha 14 de abril de 2015.

7ª.- Condenar a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, eliminando dichas cláusulas de la referida escritura.

8º.- Condenar a la entidad demandada a devolver a la parte actora las sumas cobradas en exceso por aplicación del interés mínimo “cláusula suelo”, condenando a devolver a la prestataria, de forma subsidiaria, las siguientes cantidades:





- a) Si se declara la nulidad del documento privado de “Revisión de Condiciones Financieras de Préstamo Vigentes” de fecha 14 de abril de 2015, la cantidad de 19.606,41 euros.
- b) Si no se declara la nulidad del documento privado de “Revisión de Condiciones Financieras de Préstamo Vigentes” de fecha 14 de abril de 2015, la cantidad de 11.098,57 euros.
- 9º.- Condenar a la entidad demandada a devolver a la parte actora la suma de 2.400 euros cobrada por aplicación de la comisión de apertura, o, subsidiariamente, 1.800 euros, o, la cuantía que el Tribunal estime adecuada al servicio realmente prestado por la demandada.
- 10ª.- Condenar a la entidad demandada a devolver a la parte actora las sumas cobradas por aplicación de la cláusula gastos, que asciende a 644,29 euros.
- 11ª.- Condenar a la entidad demandada al pago del interés legal de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de las cláusulas anuladas, desde la fecha en que se efectuó cada uno de los pagos por parte del consumidor, y hasta la fecha de la sentencia que recaiga.
- 12ª.- Condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 7 de mayo de 2024, la demandada contestó la demanda el 3 de julio de 2024 allanándose parcialmente.

TERCERO.- Por decreto de 4 de julio de 2024 se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa el 11 de diciembre de 2024. Llegado el día, se celebró la misma, acudiendo ambas partes debidamente asistidas y representadas.

Ambas partes propusieron prueba documental, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaron los autos conclusos de dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo (tercera bis), de gastos (quinta), comisión de apertura (cuarta), intereses de demora (sexta) y vencimiento anticipado (sexta bis) insertas en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006.

Asimismo, solicitó la nulidad del acuerdo de revisión de las condiciones financieras de 14 de abril de 2015.

La entidad demandada Unicaja Banco S.A. contestó la demanda allanándose a la nulidad de



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	2/40



la cláusula de gastos y a la restitución de los reclamados y los intereses legales. Se allanó a la nulidad de las cláusulas de intereses de demora y vencimiento anticipado. Se opuso a la nulidad de la cláusula suelo (alegando prescripción) y de comisión de apertura, así como a la nulidad del pacto de revisión.

SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre condiciones generales de la contratación, quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales:

- a) Que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer, lo que exige hubiera sido informado expresamente acerca de su existencia y se le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- b) Que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.
- c) Que sean, por lo tanto, redactadas bajo criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.
- c) Que sean aceptadas y firmadas por todos los contratantes cuando el contrato se formalice por escrito. (Sentencia núm. 130/2023 de 31 enero (RJ 2023\900) del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª)

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 24/2018 de 17 enero (J 2018\162) afirmó sobre las Condiciones Generales de la Contratación que *“No es admisible un concepto restrictivo del requisito de «imposición» necesario para que una cláusula se considere como condición general de la contratación*

1.- Como recordábamos en el apartado 137 de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son:

- i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporada a un contrato.*
- ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero.*
- iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional.*
- iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos.*

2.- La sentencia recurrida no cuestiona que concurran los requisitos de contractualidad, predisposición y generalidad. Pero sí niega la concurrencia del requisito de imposición, al considerar que la cláusula suelo fue una cláusula negociada.

3.- En la sentencia 222/2015, de 29 de abril (RJ 2015, 2042) , concretamos cómo debía valorarse el requisito de la imposición. Dijimos en esa sentencia:

«Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	3/40



fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde 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, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento [...]».

4.- En el presente supuesto, la sentencia recurrida incurre en contradicciones al afirmar, de un lado, que Caixabank no tenía siquiera la obligación de informar al consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo porque no intervino en la subrogación, al limitarse a consentirla y, de otro, al declarar que la cláusula suelo «se negociaría entre las partes» ya que en la subrogación se modificó el tipo de interés y la cláusula suelo.

5.- Si no consta siquiera que Caixabank informara al consumidor sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto, sobre la existencia de una cláusula suelo que hacía inviable la bajada del tipo de interés cuando bajara el índice de referencia, resulta inconsistente la afirmación de que Caixabank negoció con el consumidor la inserción de la cláusula suelo.

6.- La simple bajada del tipo del interés remuneratorio en la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario del promotor, pudo deberse a una decisión unilateral de Caixabank para acompasar ese interés remuneratorio a la evolución del mercado y hacer atractiva la subrogación para el consumidor. Lógicamente, al bajar el tipo de interés remuneratorio, hubo de bajar también la cláusula suelo pues, de no hacerlo, el suelo hubiera quedado por encima del interés inicialmente pactado.

7.- Incluso en el caso de que esa bajada del interés remuneratorio pudiera interpretarse como fruto de la negociación del consumidor con Caixabank, esa circunstancia no puede interpretarse como indicativa de que otras cláusulas del contrato, sobre cuya existencia ni siquiera se había informado al consumidor, hubieran sido negociadas. El art. 1.2.º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) , cuya infracción se invoca por el recurrente, declara:

«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».

8.- La Audiencia Provincial aplica un concepto restrictivo del requisito de la «imposición» para concluir en el carácter negociado de la cláusula suelo, al considerar negociada una



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	4/40



cláusula suelo por la simple razón de que el interés remuneratorio ha sido reducido al subrogarse el comprador de la vivienda en el préstamo suscrito originariamente por el promotor, lo que ha conllevado la bajada del «suelo» para evitar que quedara por encima del interés remuneratorio inicialmente fijado.

Para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó, a los que la sentencia recurrida no ha hecho referencia”

En el caso que nos ocupa, no consta que por la entidad bancaria se informara al prestatario de los gastos de la hipoteca, la existencia de cláusula suelo de la hipoteca, intereses de demora y causas de vencimiento anticipado, existiendo clausulas impuestas y predispuestas por una de las partes. No se observa que por las partes haya existido negociación alguna de las estipulaciones del préstamo hipotecario, no aportándose prueba alguna que acredite que hubo negociación y que se informó de manera completa, detallada y comprensible de todas las consecuencias de las clausulas y condiciones impuestas. Así, queda acreditado que el contrato contiene Condiciones Generales de la Contratación predispuestas y redactadas por la entidad bancaria y en el que ha intervenido un consumidor.

TERCERO.- En primer lugar, La parte actora solicita que se declare la nulidad del documento de revisión de condiciones financieras de fecha 14 de abril de 2015.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 664/2024 de 13 mayo (JUR 2024\140138) se ha pronunciado sobre la validez de los acuerdos suscritos entre las partes, afirmando que “1. *El motivo único del recurso de casación denuncia infracción del art. 1809 a 1819 CC (LEG 1889, 27) y de la jurisprudencia contenida en las SSTS 205/2018, de 11 de abril (RJ 2018, 1668) y 580 y 581 de 5 de noviembre y 589/2020, de 20 de noviembre.*

En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia no aplica la normativa citada como infringida y resuelve de forma contraria a la jurisprudencia que la aplica al no calificar el pacto como acuerdo transaccional y declarar la nulidad del acuerdo novatorio.

2 El contrato de 12 de noviembre de 2013, contiene una estipulación relevante en lo que afecta al recurso que ha sido predispuesta, por tanto, no negociada. En tal estipulación, la primera, se pacta la eliminación de la cláusula suelo y la modificación de la regulación del interés remuneratorio, de manera que se sustituye con carácter temporal el sistema de interés fijo por un sistema de interés variable para y para el tiempo restante de vigencia del contrato se vuelve al sistema de interés variable, sin límites a la variación del interés.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	 /	Página	5/40



En las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre, 548/2018, de 5 de octubre, y 101/2019, de 18 de febrero, a las que nos remitimos en la sentencia núm. 285/2023, de fecha 22 de febrero, declaramos que "es posible modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, y esta última cláusula cumpla con las exigencias de transparencia. En estos casos de simple modificación de la cláusula suelo, si se cumplen los requisitos expuestos, se tendría por válida la nueva cláusula, sin perjuicio de que pudiera declararse la nulidad de la originaria cláusula suelo si no se cumplían los requisitos de transparencia. Con el consiguiente efecto de que se considere que no ha producido efectos y por lo tanto todo lo que se hubiera cobrado de más en aplicación de esa originaria cláusula deba ser restituido al consumidor".

Esta doctrina, tal y como advertimos en las sentencias 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, fue ratificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, primero, en su sentencia de 9 de julio de 2020, y luego, en el auto del TJUE de 3 de marzo de 2021.

La STJUE de 9 de julio de 2020, al responder a la primera cuestión prejudicial, declara:

"(...) el artículo 6, apartado 1 , de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional".

En su contestación a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia concluye que la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, si no ha sido negociada individualmente, puede, en su caso, ser declarada abusiva. Con ello admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, en ese caso debería cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia, que desarrolla a continuación en los apartados 40 y ss.

3. En este caso el cumplimiento de la exigencia de transparencia en el contrato de novación



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	Firma/	Página	6/40



resulta de las siguientes circunstancias: la fecha en la que se realizó la novación, unos meses después de la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de las cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia; el conocimiento por los prestatarios de la repercusión de la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores; la información que recibieron los prestatarios antes de la firma del contrato privado; la sencillez y claridad de los términos en los que está redactada la novación; la fácil comprensión por un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, de las consecuencias jurídicas y económicas que supone el establecimiento de un periodo de interés fijo y el mantenimiento de una cláusula suelo en el contrato, con el límite mínimo de interés menor en un sistema de interés variable.

4. En lo que se refiera a la renuncia al ejercicio de acciones, la sentencia recurrida la entiende implícita en el contrato privado.

Sin embargo, el contrato de 12 de noviembre de 2013 no contiene una declaración expresa de renuncia de acciones. Tampoco se desprende de su texto una renuncia por parte del consumidor que reúna los requisitos de claridad y comprensibilidad que permita entender a qué se renuncia, ni se informó de cuáles serían las consecuencias jurídicas y económicas de una renuncia al ejercicio de acciones dirigidas a la declaración de abusividad de la cláusula suelo y la consiguiente restitución de lo pagado en aplicación de dicha cláusula.

Por lo tanto, como dijimos en la sentencia núm. 323/2023, de 28 de febrero, "no puede partirse de la licitud y eficacia de una cláusula de renuncia inexistente, cuya existencia tampoco se desprende implícitamente del acuerdo de novación, y, menos aún, con los requisitos que exige la jurisprudencia para la validez de una renuncia de esta naturaleza (sentencias 309/2021, de 12 de mayo, y 223/2022, de 24 de marzo)".

En consecuencia, apreciamos la validez de la novación del interés remuneratorio operada en el contrato privado de 12 de noviembre de 2013, que realiza una modificación el interés ordinario establecido originariamente en la escritura de préstamo, consistente en la sustitución temporal del sistema de interés variable por un interés fijo, para después volver a aplicar el sistema de interés variable previsto en el contrato sin límites a la variabilidad.

La modificación del interés operará desde la fecha de aplicación establecida en el acuerdo novatorio. ”

En el caso que nos ocupa, se aporta por la parte actora como documento nº 8 de la demanda una revisión de las condiciones financieras del préstamo. Dicha revisión consiste en modificar el tipo de interés actual del 2,70 % por uno del 2,250 % desde el 14 de abril de 2015 al 14 de mayo de 2018, con su posterior eliminación.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	7/40



Dicho documento debe considerarse una simple modificación del tipo mínimo aplicable, sustituyéndose por el de 2,250 % y su posterior eliminación.

De la lectura de dicho documento se cumple el deber de transparencia, dado que dicha modificación se ha llevado a cabo en abril de 2015, tras tenerse conocimiento de la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, teniendo los prestatarios conocimiento de la repercusión de la originaria cláusula suelo en su préstamo en los años anteriores. Asimismo, los términos de la modificación constan de manera sencilla y clara, siendo fácilmente comprensible la misma, así como las consecuencias económicas que supone la modificación del interés.

Ante ello, el acuerdo suscrito entre las partes de 14 de abril de 2015 se considera válido, y ello sin perjuicio de que pueda solicitarse y declararse la nulidad de la cláusula relativa al límite del tipo de interés aplicable.

Asimismo, de la simple lectura de la revisión de las condiciones financieras no se observa que en momento alguno se haya hecho constar en dicho documento renuncia alguna a reclamar lo que le correspondiera si se hubiera aplicado una cláusula que podría ser declarada nula.

Por ello, no constando de manera concreta y expresa en el acuerdo ninguna renuncia, no puede entenderse renuncia implícita alguna.

CUARTO.- En segundo lugar, se solicita por la parte actora que se declare nula de pleno derecho la cláusula suelo recogida en la cláusula tercera bis de la escritura de 13 de noviembre de 2006.

La Sentencia núm. 1281/2022 de 14 julio (JUR 2023\171951) de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) afirmó que *“Una vez que hemos concluido que los demandantes son consumidores, y que por tanto, están amparados por la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, es indiscutible que el examen de la eventual abusividad de las cláusulas suelo, a efectos de su nulidad e ineficacia, como ya hemos expresado, ha de ser llevado a cabo examinando el doble control de transparencia a que se refería el Tribunal Supremo en la paradigmática Sentencia de 9 de mayo de 2013, esto es, debe examinarse si las cláusulas superan el control de incorporación y el de comprensibilidad real, y aunque podamos considerar que superan el control de incorporación, como concluye la Juez a quo, dado ser cláusulas de redacción concreta, clara y sencilla y estar ubicadas en las escrituras allí donde la lógica impone, ello no significa que por superar este control de inclusión o de incorporación, puedan ser consideradas como cláusulas transparentes, pues a tales efectos ha de examinarse si superan o no el control de transparencia referido a la comprensibilidad real, pues de no ser superado, las cláusulas no puede ser consideradas como transparentes, y en el caso, no lo superan, como razonaremos, con lo cual, hemos de concluir que son abusivas y por ende nulas.”*



Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----Firma/	Página	8/40



Respecto de la cláusula suelo, Auto núm. 39/2016 de 5 febrero (JUR 2016\79343) de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) mantuvo que *“Es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 reconoce la licitud de las cláusulas suelo consideradas en abstracto, pero como en la misma se indica serán lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificarlas como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de tipos.*

Ciertamente el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) dispone que " la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ", pero también lo es que dice que ello será así " siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible ", de forma que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 permite apreciar su carácter abusivo si no superan el doble control de transparencia a que la misma se refiere y que resulta de la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) . Dicha sentencia, establece: " Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio". Y señala que las cláusulas suelo, "no son transparentes cuando: "a) Falta información suficiente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas". Por su parte en el auto de aclaración dictado con relación a la misma se reitera: " La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.".

La Sentencia núm. 1/2016 de 7 enero (JUR 2016\79536) de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), mantuvo que *“Esta Sala viene diciendo (S. 14 de abril de 2015, Rollo 576/2014, entre otras), que existe contrato de adhesión cuando la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptarlas*



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----Firma/	Página	9/40



o no (take it or leave it); se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) - STS de 28 noviembre 1997 y 13 noviembre 1998 -. Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra sólo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo - S. de 27 de julio de 1999 -. No obsta que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir - STS de 30 de mayo de 1998 y 21 de marzo de 2003 -. Estos contratos son válidos por regla general, sin perjuicio de que algunas de sus cláusulas puedan declararse nulas por abusivas, especialmente para proteger a los consumidores y usuarios (SSTS de 30 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2003, 18 de febrero de 2004 y 24 de octubre de 2007).

Por su parte, según el art. 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. Dicha Orden hoy ha sido sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo art. 23 recoge la misma oferta. Asimismo, la Ley 7/1998, de 13 abril (RCL 1998, 960) , de condiciones generales de la contratación, dice transponer la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071), del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (así comienza la exposición de motivos), pero los conceptos son distintos. Según dicha ley, puede existir Cláusula General de la Contratación válida aunque sea abusiva, pero, si de lo que se trata es de un contrato con consumidores, la cláusula abusiva puede existir aunque no se trate de una condición general.

Tratándose de consumidores, no basta con la mera exigencia documental de la cláusula (en este caso, su inclusión en el contrato y el contenido de las ofertas vinculantes), sino que las exigencias van más allá: el consumidor debe de ser consciente que está firmando una cláusula que define el objeto principal del contrato, y modula su obligación de pago, de todo lo cual debe tener un conocimiento real y razonablemente. Dicho de otra forma, que, con la aplicación de la cláusula, sobre todo de su suelo, el contrato que está firmando con la entidad financiera, aparentemente con un interés variable, caso de baja de tipos, se va a convertir en un contrato con interés fijo, sin que se pueda el consumidor beneficiar de las bajadas generalizadas de tipos como las que es notorio que existen en el mercado hoy en día. Por tanto, no basta con una oferta vinculante, sino que las exigencias de transparencia precisan de una información adecuada y de calidad en el sentido de que se muestren al consumidor las consecuencias de los límites en diversos escenarios posibles, esto es, en caso de subida generalizada de los tipos, o consiguiente bajada.



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	10/40



Por tanto, de acuerdo con los criterios que contiene la STS 241/2013, no basta, como en el presente caso, con pasar a la firma un documento, donde, entre múltiples datos, se incluye la cláusula en dos renglones. Se necesita un papel activo de la entidad de crédito que haga que la prestataria sea consciente de qué significa esa cláusula y de su comportamiento futuro. Ni tan siquiera es posible la superación del test de incorporación cuando falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, si se inserta la cláusula de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, cuando no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, cuando no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, y cuando la fórmula utilizada por la entidad bancaria se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. Todas estas circunstancias son las que se dan en el litigio de autos, sin que pueda justificar la entidad bancaria haber superado el control de inclusión y transparencia con el contenido de la oferta vinculante o con la información que eventualmente pueda dar un tercero (el Notario autorizante). Ni tan siquiera ha aportado el actor una oferta vinculante firmada por el actor, el mínimo de transparencia que se exige en estos casos.”

En atención a lo manifestado en las citadas resoluciones, y aplicado al presente supuesto, debe estimarse la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula suelo solicitada por la parte actora.

La cláusula suelo aparece en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006, aportada como documento nº 2 de la demanda, en la cláusula tercera bis, bajo la siguiente redacción “El tipo de interés aplicable al prestatario sólo podrá ser inferior al 3,50 por ciento nominal anula como resultado de las bonificaciones previstas en esta cláusula, sin que, en ningún caso, pueda resultar inferior al 2,90 por ciento nominal anual”.

Es de reseñar que la citada cláusula no pasa el doble control de transparencia exigido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En primer lugar, no se trata de una cláusula clara y comprensible, dado que la misma se encuentra recogida en la cláusula reseñada, sin recogerse de manera separada y sin resaltarse en negrita ni el tipo mínimo.

Asimismo, en segundo lugar, no consta en las actuaciones que se haya informado previamente a los consumidores de las consecuencias de la aplicación de dicha cláusula y de todo lo que la misma conlleva. No consta que se haya informado de forma clara a los prestatarios de que se refiere a un elemento definitorio del objeto principal del contrato, ni que el Banco diera información alguna a los prestatarios sobre las previsiones del tipo de interés a corto/medio plazo, ni que les hiciera simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	11/40



momento de contratar, ni que les diera información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir.

La posible existencia de un simulador en la página web no supe dicha exigencia.

En cuanto a la existencia de oferta vinculante, no se aporta por ninguna de las partes la oferta vinculante, no probándose de manera alguna que dicha información se ha remitido en debida forma. Así, no es la parte actora quien debe acreditar que no ha recibido dicha información, sino la propia parte demandada, quien debe justificar que sí se ha dado dicha información. Pese a ello, la parte demandada no justifica ni acredita nada, no aportando siquiera prueba alguna, que lo acredite, añadiendo solamente que no era obligatoria en dicho momento.

No se ha acreditado por el profesional que los consumidores a la hora de haber contratado hayan adoptado su decisión económica después de haber sido informados cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula de referencia, lo que supondría haber cumplido con los parámetros de transparencia.

No se ha justificado por la parte demandada ninguno de los anteriores extremos.

La parte demandada mantiene que por el Notario se han realizado las advertencias. Sobre este particular, la Sentencia núm. 1/2016 de 7 enero (JUR 2016\79536) de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) afirmó que *"Tampoco puede el demandado suplir su deficiencia por la información que dio el Notario. Como ha dicho la reciente Sentencia 138/2015, de 24 de marzo, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia. En suma, la cuestión de la cláusula suelo, como ha dicho la STS 241/2013, no es una cuestión de consumidores sino de transparencia bancaria, precisamente porque los servicios bancarios tienen otro ámbito de aplicación y destinatario con función más amplia: la clientela. Quedan fuera de esta protección sólo las operaciones del mercado interbancario. Aceptado por el juzgador a quo que no hay en este caso criterios de transparencia, sin que la demandada insista en su existencia en su escrito de oposición al recurso, debió declarar nula la cláusula con las consecuencias correspondientes"*

En este mismo sentido el Auto núm. 39/2016 de 5 febrero (JUR 2016\79343) de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) mantuvo que *"La intervención ineludible del Notario en el otorgamiento del préstamo, dado su carácter hipotecario, no enerva sin más la falta de transparencia y así el T.S. en su sentencia de Pleno de 8 de Septiembre de 2.014 dice: " resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio*



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	12/40





deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia. "

Así, el hecho que se haya leído la escritura por el Notario, que el mismo haya advertido de la existencia de la cláusula o que haga constar que no existe discrepancia alguna con la oferta vinculante, no supone que se haya cumplido por la entidad bancaria su deber de información, siendo ella la encargada de suministrar al consumidor la información y de entregar la documentación necesaria, así como de realizar simulaciones de escenarios diversos en aplicación de la cláusula.

Ninguno de estos extremos ha quedado acreditado.
No se ha acreditado por el profesional que los consumidores a la hora de haber contratado hayan adoptado su decisión económica después de haber sido informados cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula de referencia, lo que supondría haber cumplido con los parámetros de transparencia.
No se ha justificado por la parte demandada ninguno de los anteriores extremos.

Por todo lo anterior, la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006 se declara nula de pleno derecho y abusiva, procediendo su inaplicación.

QUINTO.- En el suplico de la demanda, la parte actora solicita que se condene a la entidad demandada a devolver la cantidad de 11.098 € en caso de que nos ea declarada la nulidad del acuerdo.

La parte demandada alegó la prescripción de la acción.

Respecto a la prescripción de la acción, no habiéndose declarado la nulidad de la clausula hasta la fecha de esta sentencia, no procede entender prescrita la acción.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración de nulidad, no cabe sino aplicar la regla general del artículo 1303 del Código Civil, de modo que las partes deberán restituirse las cantidades percibidas en aplicación de la misma desde la fecha de celebración del contrato, más los respectivos intereses de dichas cantidades desde la fecha de su percepción. No procede limitar tales efectos restitutorios y aplicarlos únicamente desde la fecha de publicación de la Sentencia de Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, tal y como declaró esta sentencia y la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en el



Es copia auténtica de documento electrónico



marco de una acción individual, porque la STJUE de 21 de diciembre de 2016, a la que esta juzgadora debe atenerse prioritariamente ex art 4 bis LOPJ (“[l]os Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”), declaró que: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

Así, como ha quedado acreditado de la documental obrante en autos, en fecha de 13 de noviembre de 2006 el actor suscribió la escritura de préstamo hipotecario, en la que se estipuló la cláusula suelo objeto de autos. En fecha de 14 de abril de 2015 se suscribió entre las partes un acuerdo en el que se dejaba sin efecto la cláusula suelo.

Así, habiéndose declarado la validez del acuerdo de revisión de condiciones financieras de 14 de abril de 2015, y aportando la parte actora un estudio en el que se determinan las cantidades a devolver hasta la fecha de dicho acuerdo (documento nº 9 de la demanda), procede condenar a la entidad demandada a la devolución a la parte actora de todas las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés aplicable desde la celebración del contrato hasta la fecha del acuerdo de 14 de abril de 2015, siendo ésta la suma de 11.098 €, así como el interés legal desde su cobro.

SEXTO.- En tercer lugar, se solicita por la parte actora que se declare nula de pleno de derecho la cláusula de gastos recogida en la cláusula quinta de la escritura de 13 de noviembre de 2006.

Sobre la posible abusividad y nulidad de la cláusula de los gastos hipotecarios se han pronunciado distintas sentencias.

La Sentencia núm. 553/2017 de 8 noviembre (AC 2017\1337) de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª), en cuanto a la abusividad de la cláusula de gastos, mantuvo que “*El art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ley 26 /1984 (RCL 1984, 1906) , vigente a la fecha del contrato dice: “ se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley... El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y*



Es copia auténtica de documento electrónico



considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa...” La disposición Adicional primera contiene una lista de cláusulas que, en todo caso, son abusivas, que el legislador ya ha valorado y calificado como tales sin que sea necesario el análisis judicial del desequilibrio en el caso concreto, bastando con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula.”

“El control de abusividad viene a implicar una análisis doble, por un lado ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de la disposición adicional primera de LGDCU (RCL 1984, 1906), hoy art. 85 a 90 del TRDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que presupone querido por la norma legal supletoria.

En relación a dicho control de equidad el TJUE, ofrece cuales son las claves del concepto de “desequilibrio importante” siendo de destacar que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí sino en los “derechos y Obligaciones”. Conforme a la doctrina Jurisprudencial de TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (sentencia TJUE de 13[sic] marzo de 2013 (TJCE 2013, 89))

La existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que pueda resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en que ese consumidor se encuentra, como parte del contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicable, ya sea en forma de restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia TJUE de 16 enero de 2014 (TJCE 2014, 7)).”

Continúa afirmando que “Analizando la cláusula quinta del contrato suscrito por las partes, de la dicción de la cláusula se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	 /	Página	15/40



préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación de inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad(Notaria, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esa misma.

La generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que puedan devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca, además de cualquier otro coste.

El carácter omnicomprensivo de la cláusula- el banco no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario- impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

La cláusula es nula en su totalidad.”

La Sentencia núm. 178/2017 de 31 octubre (AC 2017\1336) de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) afirmó que “Centrándonos ya en lo que se refiere a los tributos en concreto, la cláusula en cuestión (apartado b) de la cláusula quinta) impone al prestatario de manera indiscriminada, genérica, sin mayor concreción ni excepciones, todos los gastos y tributos, presentes y futuros, que graven tanto capital como intereses, sin excluir , por cierto, aquellos impuestos en que el obligado al pago pueda ser eventualmente el Banco.

Desde esta perspectiva, es perfectamente trasladable a este caso la doctrina dimanante de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), la cual, en relación a una cláusula que presenta indudables similitudes con la que nos ocupa, razona así: «" 1.-En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	16/40



consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º). “

En suma, creemos que la cláusula quinta, en lo atinente al apartado b) relativo a los tributos, es una cláusula abusiva y por ende nula, en la medida subyace en ella una evidente intención de imputar al deudor cualquier gasto o tributo 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 del Banco.”

Por su parte, la Sentencia núm. 624/2017 de 21 noviembre (JUR 2017\287273) de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), mantuvo en relación a los gastos notariales y registrales que “Tenemos una normativa sectorial que regla los aranceles de dichos funcionarios en el Real Decreto 1426/1989 (RCL 1989, 2555) y 1427/2989, ambos de 17 de noviembre.

Respecto al Notario, la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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.

Respecto del Registrador: “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 ...”

Como no nos encontramos ante una acción colectiva, sino individual, observamos de ambas escrituras públicas la comparecencia de ambas partes contratantes ante el Fedatario, sin constar afirmación del Notario de quien determinó su elección, por lo que hay que presumir que ambos interesaron los servicios del Notario; pero aun acudiendo al concepto “interesado” que habla el precepto “según normas sustantivas y fiscales”, igualmente - como ya advirtió el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/12/2015- conforme al artículo 1875 del Código Civil (LEG 1889, 27) y artículo 2 Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886)



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	17/40





(leyes sustantivas), para la hipoteca -que es precisamente el gasto a que refiere el pacto- es la entidad prestamista la interesada en su documentación pública porque así se constituye tal derecho real de garantía y obtiene el título ejecutivo (artículo 517 Ley Enjuiciamiento Civil) y le permite acceder al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria (artículo 685 Ley Enjuiciamiento Civil); por lo que en tal tesitura, los gastos por aranceles notariales por constitución de hipoteca, imponérselo al consumidor, va en su perjuicio y causa desequilibrio (que el TJUE define en la sentencia de 26/1/2017, C-421/14, cuando el consumidor empeora la posición jurídica del que le atribuye el Derecho dispositivo) rellenando el carácter abusivo general del artículo 82 del TR- LGDCU (RCL 2007, 2164) como el específico del artículo 89-3, siendo pacto abusivo per se.

Ciertamente al prestatario le reporta interés la intervención del fedatario como elemento garantista de la operación, pero es que en el caso presente el pacto refiere exclusivamente a gastos por la hipoteca en el que el interesado, esencialmente, es la entidad bancaria.

Igual conclusión y con mayor razón ha de darse respecto a los aranceles del Registrador, porque la inscripción tabular de la escritura pública es en interés exclusivo del prestamista para el logro de ambos efectos acabados de exponer.

Por lo expuesto debe ratificarse la nulidad de dicho pacto.”

En cuanto a los gastos de constitución de hipoteca continúa afirmando que “Resulta necesario antes de examinar los argumentos del recurrente fijar el análisis del pacto en concreto, que, ciertamente, no menciona el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el cual de entrada es contrario a la concreción, claridad y sencillez exigida por el artículo 80 del TR- LGDCU (RCL 2007, 2164) , al no explicitar qué clase de impuesto asume el consumidor, cuando es evidente que la entidad bancaria, dedicada precisamente de forma habitual y profesional a la concesión de préstamos hipotecarios, debe conocer sobradamente. Y como por tal generalidad y abstracción puede conllevar que cualquier impuesto que genere la constitución de la hipoteca o mediación de títulos públicos es a cargo del consumidor, incluso aquellos que pudieran gravar al profesional, el pacto de por sí constituye una cláusula abusiva por mor del artículo 89-3 c) del TR- LGDCU (RCL 2007, 2164) . Es más, observamos se impone, también, al prestatario los impuestos por las garantías prestadas y esta Sala ya en la sentencia citada de 25/10/2017 (R731/2017) ha declarado nulo (ex - artículo 89.3-c del TR- LGDCU (RCL 2007, 2164)) que el pacto por el cual el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por fianza se imponga al prestatario, al ser normativamente de exclusiva incumbencia de la entidad a cuyo favor se emite la garantía.”

La Sentencia núm. 708/2017 de 16 noviembre (JUR 2017/286365) de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) afirmó sobre la abusividad de los gastos notariales que “17.- Como explica la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) , rec. 2658/2013, la razón



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	18/40



de que se acuda al notario es que así se cumplimentan las exigencias para que pueda constituirse garantía hipotecaria. La escritura pública y ulterior inscripción del derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo, tal y como disponen los arts. 145 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) (LH (RCL 1946, 886)) y 1875 CCv. Si el préstamo no se documentara en pública, no podría constituirse válidamente garantía hipotecaria.

18.- Por esa razón concluye la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) , rec. 2658/2013, que quien principalmente tiene interés en que se otorgue escritura pública es el prestamista. Sólo así surge, en su favor, un derecho de garantía de tanta relevancia como la hipoteca. Además así obtiene título ejecutivo conforme al art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y adquiere la posibilidad de acudir a la ejecución especial de los arts. 681 y ss LEC, sin necesidad de acudir previamente a un juicio declarativo. De este modo a la garantía sustantiva, el derecho de hipoteca sobre el bien gravado, se une la garantía procesal, ya que puede acudirse al juicio ejecutivo especial sin pasar primero por el procedimiento declarativo que declare su derecho en sentencia.

19.- Por tanto ha de resolverse, como señala el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que el primer interesado en documentar en escritura pública e inscribir el préstamo con garantía hipotecaria es el banco prestamista. Al prestatario puede reportarle alguna ventaja, por el asesoramiento que ofrece el notario o la seguridad que otorga la escritura pública frente al contrato privado. Pero la sustancia del préstamo, que es la entrega de capital que luego tendrá que devolver, puede documentarse en un contrato privado.”

Añade que “27.- El citado precepto es aplicable porque la estipulación no se negoció individualmente, ya que quien tiene la carga de acreditarlo es el empresario, según el segundo párrafo del art. 82.2 TRLGDCU, y no lo ha hecho. Además, en contra de las exigencias de la buena fe, esta previsión quinta causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, como concluye la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) , rec. 2658/2013.

28.- Además la estipulación quinta vulnera la cláusula negra que contiene el comienzo del art. 89.3 TRLGDCU, cuando señala que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas... La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”. Aunque el art. 63 del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) y la norma sexta del anexo II del Arancel Notarial no tengan rango de ley, lo que previenen es que quien solicita el servicio es quien debe abonar la intervención notarial.

29.- También resulta de aplicación la previsión siguiente del art. 89.3.a) TRLGDCU, como señala la sentencia recurrida, pues aunque se refiera al contrato de compraventa se



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	19/40



ha extendido por la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) , rec. 2658/2013, al préstamo con garantía hipotecaria que sirve para financiarla. Argumenta el Tribunal Supremo que “la financiación es una faceta o fase” del contrato de compraventa. El art. 89.3.a) TRLGDCU considera abusiva la estipulación que suponga que el consumidor haya de “cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario”. Como se ha expuesto la documentación sirve principalmente al empresario, porque le otorga título para acceder al Registro de la Propiedad, constituir la garantía hipotecaria, y por tanto, le facilita título ejecutivo.”

“31.- Así lo entiende la SAP Alicante 12 junio 2014 (AC 2014, 1136), rec. 138/2014, cuyo FJ 3º explica que “La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes”. En el caso de autos, puede llegarse a conclusión semejante porque la redacción impide superar el control formal, al no indicar cuáles son los “gastos suplidos previos” y “gastos y tributos” que tienen que afrontar el adherente, y el control material o de comprensibilidad, por no constar en este caso información contractual previa que evidencie alguna explicación de cuáles eran y hasta dónde alcanzaban esos conceptos.”

Respecto a los gastos registrales, dicha sentencia mantiene que “36.- Hay que volver a recordar que como se expuso en §24, el FJ 5.6º.g) de la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714), rec. 2658/2013 dice que “el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación”. Debe abonar el coste, por tanto, quien reclame la inscripción de la escritura pública.

37.- La afirmación del Tribunal Supremo tiene fundamento en la regla octava, apartado 1, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre (RCL 1989, 2556) , por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, esgrimido por el apelante, que ha señalado que “ Los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos 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 ”. Estos supuestos del art. 6 LH (RCL 1946, 886) se refieren a quienes transmitan un derecho (b) y “quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir” (c).

38.- De nuevo insistiremos en que la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714), rec. 2658/2013, dice en su FJ 5.6º.g) que “quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista”. Tiene interés el interesado a que se refiere el arancel, que es además quien pretende constituir el derecho de hipoteca mediante su asiento en la hoja de la finca que grava. Es el banco quien resulta titular de la garantía hipotecaria, pero no tiene que abonar



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	 /	Página	20/40



el importe del arancel registral porque la cláusula quinta se lo endosa a la parte prestataria. Sin tal cláusula, quien habría de haberlo atendido sería el banco prestamista.

39.- Una cláusula como la señalada es abusiva por las mismas razones que se expusieron de §26 a §31. Debe aplicarse el art. 82 TRLGDU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), pues la cláusula no consta negociada individualmente y ocasiona en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones que derivan del contrato. También opera el inciso inicial del art. 89.3 TRLGDCU pues se imponen al consumidor gastos de documentación y tramitación que el arancel de los Registradores de la Propiedad entiende corresponden al beneficiado por la garantía hipotecaria. Igualmente se aplican las previsiones subsiguientes del art. 89.3.a) que alude a la hipoteca en el caso de compraventas, pero que la STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714), rec. 2658/2013, extiende al préstamo como faceta o fase de financiación. Finalmente también puede traerse aquí la doctrina sobre transparencia aludida en §30.

40.- En definitiva, y por las razones expuestas, operan las previsiones del art. 83 TRLGDCU, siendo nula la cláusula también en lo que atañe a esta clase de aranceles.”

Asimismo, en cuanto a los gastos de gestoría afirma que “42.- La cláusula quinta atribuye a la parte prestataria “los gastos de Notaría, de tramitación y de Registro de la Propiedad” y los “gastos de correo, teléfono, telex y otros medios de comunicación generados por cada operación”. Es llamativa la redacción, porque no hay un solo gasto de toda la operación de otorgamiento de préstamo y constitución de garantía hipotecaria, que se atribuya a la entidad prestamista.

43.- Hay que recordar aquí otra cláusula negra, la del art. 89.5 TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) que considera “en todo caso” abusivos los “Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”.

44.- No se trata, por tanto, de que haya habido imposición de la gestoría, sino de que la cláusula previene la atribución a la parte prestataria de un coste que supone un incremento del precio por servicios accesorios que no consta, al menos en el caso de autos, que hayan sido susceptibles de ser rechazados o aceptados por los clientes. La cláusula quinta, predispuesta por el banco, impide que haya tal posibilidad, porque contractualmente impone a la parte prestataria el coste de este servicio accesorio, la gestoría, que de lo contrario podría haberse rehusado.

45.- La atribución a la parte prestataria de todos los gastos de correos, fax, teléfono y otros medios que suelen ser precisos en labores de gestoría carece de justificación. No consta que



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	21/40



se haya negociado esta previsión de forma individualizada, y causa en perjuicio del consumidor desequilibrio, porque de este modo no sólo paga gastos que puedan precisar, sino también los que tendría que atender el banco para asentar en el Registro de la Propiedad el derecho de hipoteca, que sólo a él interesa y por tanto corresponde atender.”

En cuanto al allanamiento, el artículo 19. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”, indicando el nº 3 del referido precepto que “Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia”.

Igualmente establece el artículo 21 de la citada norma que “1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.

3. Si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del artículo 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución.”

En el presente caso se cumplen todos los requisitos exigidos en la legislación para considerar válidamente realizado el allanamiento, y por tanto procede estimar la demanda en las peticiones de fondo realizadas.

Así, mostrando la parte demandada su allanamiento respecto de la nulidad de la clausula de gastos, se declara la nulidad de la cláusula de gastos pactada en la cláusula quinta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

Se condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad de 644,29 € en concepto de gastos (correspondientes al 100% de los gastos de Registro de la Propiedad en la suma de



Es copia auténtica de documento electrónico



173,63 €, el 50% de los gastos Notariales en la suma de 285,06 € y al 100% de los gastos de Gestoría en la suma de 185,60 €).

Y ello conforme al desglose de los gastos reclamados que realiza la parte actora y al que se allana la demandada.

Se condena a la parte demandada al pago de los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de sus respectivos abonos, incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que se dicte.

SEPTIMO.- En cuarto lugar, se solicita por la parte actora que se declare nula de pleno derecho la cláusula de comisión de apertura recogida en la cláusula cuarta de la escritura de 13 de noviembre de 2006.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 816/2023 de 29 mayo (RJ 2023\3307) mantuvo que *“1.- En las normas de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias.*

La Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) , sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (bajo cuyo régimen se celebró el contrato litigioso), en el apartado 4 de su anexo II, estableció lo siguiente:

«4. Comisiones.

«1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

»2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la "comisión de apertura", sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

»c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 (RCL 1989, 2700) y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

2.- Este tratamiento diferenciado entre la comisión de apertura y las restantes comisiones bancarias se mantuvo en la redacción originaria de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (RCL 2009, 697) , 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



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	23/40



préstamo o crédito. Su artículo 5 establecía lo siguiente sobre las obligaciones de transparencia en relación con las tarifas de comisiones y gastos:

«1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) , en materia de cláusulas abusivas.

»En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

»2. No obstante lo establecido en el apartado anterior :

[...] »b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito.

»Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito ». (Énfasis añadido)

3.- En la actualidad, este régimen legal está contenido en la Ley 5/2019, de 15 de marzo (RCL 2019, 438) , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 14, relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, establece lo siguiente:

«3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

»4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	----	---40



la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Además de que en el nuevo régimen legal subsiste el tratamiento diferenciado de la comisión de apertura respecto de las demás comisiones aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, hay que destacar que esta comisión de apertura responde a gastos «inherentes» a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, por lo que no incluye ningún otro tipo de gastos que no resulten inherentes a esa concesión.

SEXTO.- Jurisprudencia previa nacional y comunitaria sobre la comisión de apertura (o conceptos afines denominados de otra forma en otros derechos nacionales)

1.- Esta sala se pronunció sobre el control de abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios en la sentencia del pleno 44/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 114) . En esa sentencia, tomamos en consideración el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideramos que esta comisión (que retribuye las actividades de estudio, de concesión, o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Declaramos, igualmente, que no estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios.

2.- La mencionada sentencia 44/2019 (RJ 2019, 114) , partiendo de las anteriores premisas, concluyó que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de estas actuaciones (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo», por utilizar los términos de la normativa bancaria sobre transparencia antes transcrita. Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	-----	-----



3.- En cuanto a la transparencia de la comisión de apertura (esto es, que la cláusula en que se establece sea clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE), la mencionada sentencia de pleno afirmó que la normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

Pero en ningún extremo de la sentencia afirmamos que la cláusula que establece la comisión de apertura superaba «automáticamente» el control de transparencia. Por el contrario, lo que declaró la mencionada sentencia 44/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 114), es que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia» (así se encabezaba significativamente el fundamento jurídico tercero, en que se resolvía sobre la abusividad de la cláusula) y que «el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia».

4.- A su vez, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la comisión de apertura, respecto de un contrato de préstamo con consumidores celebrado en -----, en relación con la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071), en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 (TJCE 2020, 104) y C-259/19, en cuya parte dispositiva declaró:

«2) 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.

»3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios



Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	Página	26/40



efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente».

5.- En relación con una comisión similar, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17 (TJCE 2019, 224) , Gyula Kiss), estableció lo siguiente:

«38 En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal preveía gastos de gestión a un tipo anual del 2,4 % durante un período de 240 meses, gastos que se calculaban, durante el primer período anual, sobre la totalidad del préstamo y, durante los períodos siguientes, sobre el importe adeudado el primer día del período anual considerado. Además, en virtud del contrato, el demandante se obligaba a pagar 40 000 HUF en concepto de comisión de desembolso .

»39 Por lo tanto, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas.

[...] »45 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes».

6.- Asimismo, esta sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17 (TJCE 2019, 224)) destacó en su apartado 54 que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

En su apartado 55, afirmó que «[a] menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación



Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	-----	---40



jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional».

Y en el apartado 56 concluyó que el artículo 3, apartado 1 , de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

7.- Este criterio fue reiterado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020 (TJCE 2020, 183) , asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (Profi Credit Polska S), al precisar en su apartado 75:

«Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17 (TJCE 2019, 224) , EU:C:2019:820, apartado 43)».

SÉPTIMO.- La STJUE de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023, 112583) (asunto C-565/21)

1.- En primer lugar, la sentencia descarta que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato, al mantener un concepto estricto de elemento esencial en el contrato de préstamo, desde el punto de vista del prestatario, y considerar únicamente como tal el interés remuneratorio. Por lo que en este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.

2.- A continuación, la STJUE especifica cuáles son los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud:



Es copia auténtica de documento electrónico



(i) *Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.*

(ii) *Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.*

(iii) *Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito*

(iv) *Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.*

3.- *A fin de constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos instrumentos de comprobación:*

(i) *A los efectos de que el prestatario pueda ser consciente de la carga económica de la comisión de apertura, el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32).*

(ii) *En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). Más específicamente, el apartado 35 precisa:*

«[i]ncumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 (TJCE 2015, 93) , EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato».

(iii) *De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la*



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	29/40



naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida.

(iv) También ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46).

4.- A su vez, a efectos de examinar la posible abusividad de la condición general, el TJUE considera:

(i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse que el prestamista tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (apartado 50).

(ii) Respecto del desequilibrio importante, que no cabe afirmar que una cláusula que establezca una comisión de apertura en un préstamo o crédito hipotecario no respete en todo caso el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, sino que habrá que valorar que el coste no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo o que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor (apartados 51, 58 y 59).

5.- Es decir, en cuanto al control de contenido el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es per se abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

OCTAVO.- Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE. Aplicación al caso

1.- Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

2.- Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es comprobar si la sentencia recurrida aplica estos criterios establecidos en la sentencia del TJUE para realizar el control de abusividad de la cláusula en la que se recoge la comisión de apertura. Lo que analizaremos a continuación.

3.- Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación			



comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) , sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.

Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023, 112583) , al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». Lo que reitera el apartado 59:

«[u]na cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión , no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo» (Énfasis añadido).

5.- En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre dicha base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la



Es copia auténtica de documento electrónico



cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE.

6.- No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.

En concreto, el resto de las comisiones vienen definidas y reguladas aparte, en los siguientes términos:

«c) Comisión de gestión de reclamación de impagados de dieciocho euros y tres céntimos de euro (18.03 €) por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escrito solicitando su regularización, sin perjuicio del derecho de "La Caixa" a modificar el importe de la misma, siempre que la referida modificación haya sido debidamente comunicada al Banco de España, publicada en las tarifas de comisiones de "La Caixa" y oportunamente comunicada al cliente con antelación razonable a su aplicación».

«d) Comisión de compromiso sobre la parte del crédito no dispuesta, que se devengará día a día, se liquidará el último día de cada período y se hará efectiva por vencido el primer día del periodo de pago siguiente: cero por ciento (0%)».

«e) Comisión por amortización anticipada: La parte acreditada podrá realizar amortizaciones anticipadas siempre que se encuentre al corriente en el pago de lo debido con arreglo a esta escritura y que su importe sea superior al cinco por ciento del límite del crédito. Se aplicará una comisión de cincuenta centésimas de entero por ciento (0,50%) sobre el importe de dicha amortización, que se liquidará y satisfará por la parte acreditada en el momento de su efectiva realización».

7.- Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	32/40

comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en ----- accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.

8.- De todo lo cual, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva.

En su virtud, este segundo motivo de casación debe ser estimado, puesto que la Audiencia Provincial limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE.

Y la estimación de este motivo de casación tiene como consecuencia la estimación en parte el recurso de apelación de la entidad prestamista, a fin de revocar la declaración de nulidad de la comisión de apertura.”

Asimismo, la Sentencia núm. 1424/2023 de 25 octubre (JUR 2024\68199) de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) afirmó que “Pues bien, la cuestión de la validez o nulidad de dicha comisión ha sido tratada y resuelta por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 29 de mayo de 2023, en la que ante un supuesto en el que la Audiencia Provincial basó su decisión únicamente en que no se había justificado en qué consistieron los servicios retribuidos con la comisión de apertura (requisito de validez descartado por el TJUE según indica la Resolución del Alto Tribunal), la cláusula fue declarada transparente y no abusiva.

La Sala Civil del Alto Tribunal señala que no es posible dar una respuesta automática sobre la validez de la cláusula sino que deberá analizarse en cada supuesto concreto. Resalta como en las normas de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias, que aparecía regulado en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (que se mantiene en la redacción originaria de la Ley 2/2009, de 31 de marzo) y actualmente se recoge en el artículo 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Según afirma la cita Sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecía que la transparencia de la comisión de apertura (esto es, que la cláusula en que se establece sea clara y comprensible), se superaba si se cumplía con la legislación nacional mencionada:

.- Agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas con la concesión del préstamo.



Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	-----	-----



- Devengo de una sola vez.

.-Información al consumidor de su existencia y cuantía; considerando válido que dicho conocimiento se produzca en la misma fecha de suscripción del contrato. El consumidor conoce la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura figurando claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones, con términos resaltados y claros, mediante una lectura comprensiva. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente.

- Inclusión en el cálculo de la TAE.

Y una vez superado este control, ya la Sentencia 44/2019, de 23 de enero, disponía que "la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia". Si bien debe tenerse en cuenta en lo relativo al control de contenido que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 16 de marzo de 2023, parte de que la comisión de apertura no es per se abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo (habiendo recogido la Sentencia del Tribunal Supremo que según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en - - - - - accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%; por lo que en principio, las comisiones que se muevan en este arco no serían consideradas como abusivas).

En el supuesto de autos, la comisión de apertura inserta en la escritura objeto de litis (780,26 euros; 1% sobre el importe total del préstamo, ascendente a 78.000 euros), cumple todos los requisitos anteriormente mencionados por lo cual debe esta Sala proceder a declarar su validez, estimándose en este punto el recurso interpuesto por la entidad bancaria, siendo oportuno expresar que la Sala se ve obligada a modificar el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad para acomodarse al del Alto Tribunal Español pues no se puede ignorar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a complementar y remodelar el ordenamiento jurídico a través de la doctrina reiterada que establezca, como se reconoce en el párrafo 6 del artículo 1 del Código Civil, no cabiendo desconocer la verdadera "trascendencia normativa" de la misma, y en particular que el artículo 254.1 LOPJ, respecto de la admisión del recurso de casación por razón de interés casacional, establece como uno de los elementos que deben concurrir la oposición o desconocimiento en la Sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por lo que de acuerdo a la doctrina del Alto Tribunal anteriormente referida, y en aplicación de la misma, venimos a concluir que la cláusula controvertida cumple con las exigencias de



Es copia auténtica de documento electrónico



transparencia en los términos expresados por el Tribunal Supremo, y conforme a ello revocamos los pronunciamientos de la Sentencia relativos a esta cláusula, es decir el que declara su nulidad, y el que condena a la entidad crediticia a restituir a la parte demandante la cantidad de 780,26 euros, más intereses ex artículo 1.303 del Código Civil y los procesales del artículo 576 de la L.E.C.”

A la vista de lo expuesto en las citadas resoluciones, no procede declarar la nulidad de la clausula cuarta relativa a la comisión de apertura.

Dicha cláusula establece que “El presente préstamo devenga por una sola vez, en concepto de comisión de apertura, el 1,00 por ciento de su principal, que se liquida al inicio de la operación, con igual fecha que el presente otorgamiento. En todo caso, el prestatario deberá abonar, por este concepto, la cantidad mínima de 600 euros.”.

De la lectura de la cláusula se observa que dicha comisión se devenga de una sola vez y en ella se engloban la totalidad de los gastos de estudio, tramitación y concesión del préstamo. Se trata de una clausula transparente, recogándose en una sola comisión todos los gastos, siendo comprensible dicha estipulación para el consumidor.

Asimismo, no se considera desproporcionada la cantidad cobrada por dicho concepto (2.400 €) y en relación con el capital prestado (240.000 €), habiéndose cobrado un 1 %.

Por todo ello, no procede declarar la nulidad de dicha cláusula.

OCTAVO.- En quinto lugar, se solicita por la parte actora que se declare nula de pleno de derecho la cláusula de intereses de demora recogida en la cláusula sexta de la escritura de 13 de noviembre de 2006.

La parte demandada se allanó a dicha pretensión.

Así, constando allanamiento de la parte demandada, y habiéndose estipulado unos intereses de demora del 18 % al 25 %, intereses que exceden más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio de dichos años, procede declarar su nulidad y abusividad.

La parte demandante mantuvo en el acto de la audiencia previa que no reclama cantidad alguna.

Ante ello, a la vista de lo expuesto en la anterior resolución, y constando allanamiento de la demandada, procede declarar la nulidad de la cláusula de intereses de demora pactada en la cláusula sexta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

NOVENO.- En sexto lugar, se solicita por la parte actora que se declare nula de pleno de derecho la cláusula de vencimiento anticipado de demora recogida en la cláusula sexta bis de la escritura de 13 de noviembre de 2006.

La parte demandada se allanó a dicha pretensión.

Sobre el vencimiento anticipado, la Sentencia núm. 935/2019 de 22 octubre (JUR



Es copia auténtica de documento electrónico



2020\64430) de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) mantuvo que “Las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 establecieron los criterios jurisprudenciales al respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado. En ese sentido también se pronunció la STJUE de 13 de marzo de 2013 (C- 415/11) y STJUE de 13 de septiembre de 2018 (C-92/16). Esta es la doctrina aplicable al caso. Si bien es cierto que la parte alude a la doctrina del Blue pencil rule y que en virtud de ella el propio Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al TJUE mediante Auto de 8 de febrero de 2017, también lo es que debemos distinguir dos elementos de todo ello: 1º. Por un lado que el propio TS en sus sentencias vino a recoger que “...Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2 , LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio (RCL 2015, 1082)). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves .” 2. El planteamiento de la cuestión prejudicial se realiza en virtud de lo siguiente: “ ...Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11) .” No es el caso en un supuesto de acción declarativa en donde no se ha ejercitado esa opción. Por lo tanto la citada cláusula , que establece sin más y sin modulación esta atribución a uno de las partes ni puede ser considerada pacto negociado en tanto condición general de la contratación impuesta y predispuesta, ni puede haber sido objeto de ponderación subjetiva y comprensiva por el prestatario y tampoco se ha acreditado que esa información se haya prestado suficientemente para dicha comprensión, ni puede pasar el filtro de los usos de comercio a los que se refiere el Tribunal Supremo. No obstante la STJUE de fecha 26 de marzo de 2019 , en los Asuntos acumulados C70/17 y C179/17, ha venido a señalar lo siguiente: “ ... si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	 /	Página	36/40



amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14 , EU:C:2017:60 , apartado71). " Por tanto habiéndose solicitado y declarado la nulidad de la citada cláusula y subsistiendo el citado contrato procede sin más confirmar el pronunciamiento. Estos mismos criterios han sido confirmados por los Autos del TJUE de 3 de julio de 2019 en los asuntos C 167 486 y 92 del año 2016. No se trata de una interpretación favorable o no , tal y como señala la parte, que podría dar lugar a que ella decidiera si es aplicable o no con un solo vencimiento. Es evidente que la cláusula se desarrolla para que pueda activarse con uno solo de los incumplimientos y por lo tanto nos encontramos ante el supuesto que hemos señalado."

En el presente caso se cumplen todos los requisitos exigidos en la legislación para considerar válidamente realizado el allanamiento, y por tanto procede estimar la demanda en las peticiones de fondo realizadas.

Así, mostrando la parte demandada su allanamiento respecto de la nulidad de la clausula de vencimiento anticipado, se declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en la cláusula sexta bis de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

DECIMO.- Por todo lo anterior, procede estimar sustancialmente la demanda interpuesta por la parte actora, y se declara válido el acuerdo de revisión de condiciones financieras suscrito entre las partes de 14 de abril de 2015.

Se declara nula de pleno derecho y abusiva la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación. Se condena a la entidad demandada a la devolución a la parte actora de todas las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés aplicable desde la celebración del contrato hasta la fecha del acuerdo de 14 de abril de 2015, siendo ésta la suma de 11.098 €, así como el interés legal desde su cobro.

Se declara la nulidad de la cláusula de gastos pactada en la cláusula quinta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación. Se condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad de 644,29 € en concepto de gastos (correspondientes al 100% de los gastos de Registro de la Propiedad en la suma de 173,63 €, el 50% de los gastos Notariales en la suma de 285,06 € y al 100% de los gastos de Gestoría en la suma de 185,60 €), así como al pago de los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de sus respectivos abonos, incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que se dicte.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:	-----	Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación	-----	Página	37/40



Se declara la validez de la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006.

Se declara la nulidad de la cláusula de intereses de demora pactada en la cláusula sexta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

Se declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en la cláusula sexta bis de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

UNDECIMO.- Respecto a las costas, el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en los procesos declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, consagrando así el principio del vencimiento objetivo, basado en el dato de la victoria de una de las partes del proceso respecto a la otra, esto es, en el principio “*victus victoris*” (SSTS de 21 de marzo de 2000 y 20 de septiembre de 2001, a título de ejemplo).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén nº 121/10, de 27 de mayo, en conexión con la STS de 15 de junio de 2007, refiere en cuanto a los criterios de imposición de costas procesales previsto en el artículo 394 de la LEC que: “*el sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 de la LEC tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad.*

Por otro lado, la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la “ratio” del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la “estimación sustancial” de la demanda, que, si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un “cuasi-vencimiento”, por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del “quantum” es de difícil concreción y gran relatividad”.

Por su parte la SAP de Ciudad Real de 29 de octubre de 2002, considera que se produce estimación sustancial cuando concurren los siguientes requisitos:



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	38/40



1. Cuando la oposición sea rechazada, mostrándose infundada.
2. Siendo la diferencia entre lo pretendido y lo reconocido afectante a un elemento accesorio (caso de los intereses), o debido a una discrepancia de criterio valorativo afectante a bienes jurídicos no mensurables por su valor de cambio o mercado y no venga predeterminado por una norma jurídica (caso de los daños morales) o, en fin, cuando la diferencia sea de escasísima significación en el debate procesal.

En el presente supuesto, se ha estimado la acción de nulidad de la cláusula de gastos, suelo, intereses de demora y vencimiento anticipado. Sin embargo, no se ha declarado la nulidad del acuerdo de revisión de las condiciones financieras.

Por su parte, se ha declarado válida la comisión de apertura. No obstante, debido a los cambios jurisprudenciales sobre la validez de dicha cláusula, el supuesto presentaba serias dudas de derecho, por lo que, a la vista de la estimación de la demanda, tratándose de una estimación sustancial y existir serias dudas de derecho, procede imponer las costas a la parte demandada.

FALLO

1. SE ESTIMA SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por DOÑA P. P. D. D. H. M., y en consecuencia:

SE DECLARA válido el acuerdo de revisión de condiciones financieras suscrito entre las partes de 14 de abril de 2015.

SE DECLARA nula de pleno derecho y abusiva la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación. SE CONDENA a la entidad demandada UNICAJA BANCO S.A. a la devolución a la parte actora de todas las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés aplicable desde la celebración del contrato hasta la fecha del acuerdo de 14 de abril de 2015, siendo ésta la suma de 11.098 €, así como el interés legal desde su cobro.

SE DECLARA la nulidad de la cláusula de gastos pactada en la cláusula quinta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación. SE CONDENA a la parte demandada UNICAJA BANCO S.A. a abonar a la actora la cantidad de 644,29 € en concepto de gastos (correspondientes al 100% de los gastos de Registro de la Propiedad en la suma de 173,63 €, el 50% de los gastos Notariales en la suma de 285,06 € y al 100% de los gastos de Gestoría en la suma de 185,60 €), así como al pago de los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de sus respectivos abonos, incrementado en dos puntos desde la



Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	39/40

Es copia auténtica de documento electrónico



fecha de la sentencia que se dicte.

SE DECLARA la validez de la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de noviembre de 2006.

SE DECLARA la nulidad de la cláusula de intereses de demora pactada en la cláusula sexta de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

SE DECLARA la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en la cláusula sexta bis de la escritura de 13 de noviembre de 2006, procediendo su inaplicación.

SE CONDENA EN COSTAS A UNICAJA BANCO S.A..

Contra esta resolución cabe formular recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que ha dictado la resolución en el plazo de veinte días, (conforme disponen los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) debiendo el apelante exponer las alegaciones en que se base la apelación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan, y tener constituido un depósito de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada que la firma, en la Audiencia pública del día de su fecha. Doy fe.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	19/12/2024
Firmado Por	S C.		
	M A. L C.		
URL de verificación		Página	40/40