

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: AFM

N.I.G. [REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: SONIA MARTINEZ GALLEGO
Recurrido: CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO
Procurado: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

Audiencia Provincial Murcia, Sección 4ª
Rollo apelación civil núm. [REDACTED]

SENTENCIA Núm. [REDACTED]

ILMOS. SRES.

[REDACTED]
Presidente
[REDACTED]
[REDACTED]
Magistrados

En la ciudad de Murcia, a 19 enero de 2023.

Habiendo visto el rollo de apelación [REDACTED] dimanante del procedimiento ordinario nº [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta capital, en el que ha sido parte actora, y ahora apelante [REDACTED], representado por la procuradora, Doña Rocío Bernal Barnuevo, y defendido por la letrada, Doña Sonia Martínez Gallego, y como demandada, y ahora apelada, la entidad Cajamar, Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora, [REDACTED] y defendida por el letrado, [REDACTED] z.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, [REDACTED], quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el procedimiento ordinario nº [REDACTED] amitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta capital, en fecha 21 de julio de 2021, se dictó sentencia, en cuya parte dispositiva se acuerda:

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de [REDACTED] frente a Cajamar, se declara la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula gastos en cuanto a la imposición al prestatario del pago de todos gastos de formalización de la operación, inserta en la escritura de fecha 12 de febrero de 2008 y de 8 de septiembre de 2010, así como la nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de 12 de febrero de 2008, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc, condenando a la demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de tales cláusulas, por importe de MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS CON SETENTA Y ÚN CÉNTIMOS (1453,71), suma esta última, que devengará los intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del artículo 576 de la Ley Procesal más los intereses del artículo 576 de la Ley Procesal, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en esta instancia.

SEGUNDO.-Frente a la resolución antes referida se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de [REDACTED], y teniéndose por interpuesto se acordó dar traslado a las demás partes para formular oposición o, en su caso, impugnación. La representación procesal de, la entidad Cajamar, Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito dentro de plazo presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la resolución recurrida. Formalizado el anterior trámite se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.-Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, y tras el correspondiente reparto, se formó el rollo de apelación nº [REDACTED] niéndose por personadas, en calidad de apelante y apelada, a los antes designados. Remitidos los autos a la Sección IV de la Audiencia Provincial se dictó providencia en fecha 16 de diciembre de 2022, señalándose para la deliberación y votación el día 17 de enero de 2023.

En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] se pretende que se declare la nulidad de la comisión de apertura establecida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de septiembre de 2010 y la restitución de la cantidad de 450 € concepto de dicha comisión; se hace mención a la STJUE de 16 de julio de 2020; que no se ha acreditado que la cantidad de 450 € respondiera a servicios efectivamente prestados y que la solicitud del préstamo no va firmada por el apelante, sino únicamente por los apoderados de la entidad.

La entidad demandada en el escrito de oposición sostiene la validez de la cláusula de comisión de apertura, indicándose que si esta se considera como un elemento esencial del contrato, se somete a la misma a control de transparencia y, de no superarlo por no

existir documentación precontractual suficiente, lo que en este caso no puede ocurrir puesto que existe documentación precontractual firmada acreditativa de la transparencia, se somete a la misma a control de contenido, dicho control queda superado por los motivos expuestos, por lo que necesariamente debe ser declarada válida conforme al criterio del Tribunal Supremo recogido en la STS núm. 44/2019 de 23 de enero, y que si se considera la cláusula de comisión de apertura como parte del precio, pero, por su carácter accesorio, no un elemento esencial del contrato, se la somete directamente a control de contenido, dicho control también queda superado por los mismos motivos y debe ser declarada válida conforme al criterio del Tribunal Supremo recogido en la STS núm. 44/2019 de 23 de enero, y que se aportó en el acto de la audiencia previa informe que acreditada todos y cada uno de los elementos que conforman la validez de la cláusula recogida en el contrato.

La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de las cláusulas de gastos insertas en las escrituras de fecha 12 de febrero de 2008 y 8 de septiembre de 2010, y la nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de 12 de febrero de 2008. Desestima la nulidad de la cláusula de comisión de apertura inserta en la escritura de 8 de septiembre de 2010.

En la sentencia recurrida se indica<< La estipulación quinta de las escrituras que nos ocupan fijó una comisión de apertura del 0,25% con un mínimo de 0 euros la escritura de 2008, y la escritura de 2010, una comisión del 1,50% sobre el nominal del préstamo, con un mínimo de 300 euros>>.

<< Pues bien, desde las anteriores premias, y tomando en consideración que solo cabe efectuar el control de transparencia y no de abusividad, y como quiera que las cláusulas son fácilmente comprensibles, cuya existencia es de público y general conocimiento por los consumidores que suscriben préstamos hipotecarios, que además se abonan por entero mediante un pago al inicio del préstamo, que hace improbable que la misma pasa desapercibida para el consumidor prestatario, este operador aprecia que la tesis de la actora debe prosperar respecto de la escritura de 12 de febrero de 2006, no así respecto de la escritura de 8 de septiembre de 2010, por cuanto al apreciarse que ésta última sí supera el control de transparencia a que se refieren los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación por cuanto cuando la demandada adjuntó a su contestación solicitud de préstamo que refleja esta comisión y el importe a abonar, considerándose por tanto acreditado, respecto de esta segunda comisión, que la entidad informó debidamente al prestatario de la obligación de abono de la misma>>.

SEGUNDO.-Para resolver sobre la comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de septiembre de 2010 se tienen en consideración las resoluciones que se citan a continuación.

La STJU de 16 de julio de 2020 declara<<En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula

contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura. 72-Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, si 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 causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido. 73- A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada). 74- En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, 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 (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50). 75-En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51). 76 Además, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 52). 77- Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal. 78-A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79-Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente>>.

En relación a la comisión de apertura esta Sala, en sentencia de fecha 14 de octubre de 2021, nº 1044/2021, ha declarado<<...Ahora bien, la STJUE fija un criterio distinto, pues al respecto establece que dicha

comisión puede ser calificada de abusiva:3) «El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente»[...]».

De acuerdo con el criterio mantenido en las anteriores resoluciones, se estima la pretensión revocatoria, declarándose la nulidad de la comisión de la apertura establecida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de septiembre de 2010, ya que la entidad demandada no ha desplegado actividad probatoria alguna en orden a acreditar los servicios y/o gestiones que llevó a cabo para efectuar el cobro de la comisión al actor ni tampoco ha acreditado que informase debidamente a actor de los motivos del cobro de dicha comisión y a los hechos y servicios a que respondía, pues esta información no se desprende de los documentos aportados, siendo a este fin insuficiente la solicitud de préstamo que se refiere en instancia, por lo que tampoco se considera que la misma sea transparente. No se acepta, pues, lo razonado en instancia. Se declara, pues, la nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de 8 de septiembre de 2010 y se condena a la entidad demandada a que abone al actor la cantidad de 450 € más los intereses desde la fecha del cobro de esta cantidad.

La estimación del recurso de apelación supone la estimación de la demanda, ello teniendo en cuenta lo acordado por la sentencia recurrida en cuanto a la nulidad de las cláusulas de gastos insertas en las escrituras de 12 de febrero de 2008 y 8 de septiembre de 2010, y la nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de 12 de febrero de 2008, por lo que procede imponer las costas procesales de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC y la doctrina fijada por la STJUE de 16 de julio de 2020.

Se estima, pues, el recurso de apelación, no compartiéndose, por consiguiente, lo argumentado en el escrito de oposición al recurso.

TERCERO.-No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de esta alzada al estimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 LEC.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, Doña Rocío Bernal Barnuevo, en nombre y representación de [REDACTED] debemos de revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez, del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta capital, en fecha 21 de julio de 2021, en los autos de procedimiento ordinario nº [REDACTED] en cuanto en la presente se acuerda: Se declara la nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de septiembre de 2010, condenando a la entidad demandada a que abone el actor la cantidad de 450 €, más los intereses legales desde la fecha del cobro de tal cantidad. Se condena a la entidad demandada al pago de las costas procesales de primera instancia. En todo lo demás, se mantiene el pronunciamiento de instancia. No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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