

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250

1- UPAD CIVIL, PASEO DE GARAY N° 3, 3ª PLANTA. 30003 MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968229180 Fax: 968229184

Correo electrónico: audiencia.sl.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: 002

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

SENTENCIA

NUM. [REDACTED]

ILMOS. SRES.

[REDACTED]

Presidente

[REDACTED]

[REDACTED]

Magistrados

En la Ciudad de Murcia, a dos de mayo de dos mil
veintitrés.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia Provincial los autos de procedimiento ordinario que se han seguido con el nº [REDACTED] en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, entre partes, como demandante y en esta alzada apelada [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Dña. Rocío Bernal Barnuevo, y dirigidos por el Letrado D. Bartolomé Jiménez Ibarra, y como demandada y en esta alzada apelante BANCO SANTANDER S.A. representado por la Procuradora Dña. [REDACTED] y dirigido por la Letrada [REDACTED]. Es Ponente la Ilma. Sra. [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instancia citado en fecha 4 de octubre de 2022 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la Sentencia cuya parte dispositiva, dice así: "Estimo la demanda presentada por [REDACTED] frente a Banco Santander SA.

Declaro nula por abusiva la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario de 19 de diciembre de 2006 que establece una comisión por modificación de condiciones sustancialmente equivalente a una comisión de apertura y condeno a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de 675 € más el interés legal.



Declaro nula por abusiva la cláusula de gastos de la escritura de préstamo hipotecario referida y condeno a la demandada a devolver a la parte demandante la suma de 696,04 €, más los intereses legales desde la fecha de los pagos.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia y en tiempo y forma la representación de la demandada interpuso recurso de apelación, dándose traslado a la parte demandante, que se opuso al mismo, y previo emplazamiento de las partes, fueron remitidos los autos originales a esta Audiencia, en la que se formó el oportuno rollo por la Sección Primera con el nº 1366/22, compareciendo las partes en la cualidad antes expresada, y habiendo tenido lugar la deliberación, votación y fallo del recurso el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que estima la demanda, en la que se ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación insertas en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el día 19 de diciembre de 2006 entre el demandante y la demandada, interesando que se condene a ésta al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por tales cláusulas.

Se alega en el recurso de apelación en primer lugar que el procedimiento debe permanecer en suspenso hasta que el TJUE resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas por el

Tribunal Supremo mediante auto de 10 de septiembre de 2021, interesando tal suspensión ,aduciendo que la sentencia que se pudiera dictar en estas actuaciones habría de asumir y partir del previo enjuiciamiento del Tribunal Europeo, suspensión que no procede acordar, ya que al margen de ser este el criterio de esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia, expresado entre otras, en la sentencia nº 166/2023 de 31 de enero, en todo caso la cuestión prejudicial ha sido resuelta por la sentencia del TJUE de 16 de Marzo de 2023, por lo que la suspensión carecería de objeto.

SEGUNDO.- Seguidamente la parte apelante alega la improcedente declaración de nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura, error en la valoración de la prueba, y que la cláusula no adolece de abusividad y supera el control de transparencia, invocando la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 44/2019, de 21 de enero, aduciendo que la comisión de apertura forma parte del objeto principal del contrato, y no puede ser sometida al control de transparencia material, cumpliendo con las exigencias normativas a que alude, añadiendo que la práctica judicial confirma la validez de la cláusula sobre comisión de apertura tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo de 16 de julio de 2020, sosteniendo la validez de la cláusula e interesando la revocación en parte de la sentencia recurrida sin imposición de costas al demandado, a lo que se ha opuesto la parte demandante mediante las correspondientes alegaciones.

Ciertamente la sentencia apelada declara nula por abusiva de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario de 19 de diciembre de 2006, que establece una comisión por modificación de condiciones sustancialmente equivalente a una comisión de apertura y condena a la demandada a pagar a la



demandante la cantidad de 675 euros, más el interés legal, comisión respecto de la cual, como indica la sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de Murcia, nº 620/2022, de 10 de junio, ha venido "señalando de forma reiterada, por todas las SSAP Murcia (4ª) 769/21, de 24 de junio y la 133/21, de 11 de febrero, que la comisión por subrogación se trata de un tipo de comisión que resulta tener unas características semejantes a la de apertura, de manera que la de "apertura" se aplica cuando se trata de conceder un préstamo y la de "subrogación" y también "novación" cuando se trata de su modificación subjetiva u objetiva "La comisión de apertura que conforme a la sentencia de esta Sección 1º de la Audiencia Provincial de Murcia nº 219/2023, de 17 de abril, "se define en la OM de 5 de Mayo de 1994 como aquella que cubre" 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 (I apartado 4.1 del anexo II de dicha OM relativo a las cláusulas financieras de los contratos de préstamo()).. En las normas posteriores tanto la Ley 2/2009 como la OEHA 2899/11, no se incluye definición alguna de dicha comisión de apertura, por lo que habrá que entender que sigue siendo igualmente válida para comprender el alcance de la misma y de los aspectos que son objeto de pago a través de dicha comisión.". Ha de responder a un servicio efectivamente prestado al cliente, y queda sometida a las exigencias relativas a su transparencia e información, por lo que no es posible dar carta de naturaleza a la misma de forma automática, como condición general de la contratación.

TERCERO.- La sentencia apelada razona que esta comisión no responde a ningún servicio complementario o prestación adicional que el consumidor haya solicitado o pudiera rechazar



y es contraria a lo dispuesto en la normativa de protección al consumidor y del cliente bancario contenida en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, la Ley 2/2009, de 31 de marzo que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, y causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato contra las exigencias de la buena fe, abusividad que procede confirmar.

Es preciso verificar el control de transparencia material de la citada cláusula que, conforme a la sentencia de esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia nº 63/23, de 31 de enero, citada "supone un plus sobre el de incorporación, ya que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, implica que el adherente pueda tener un conocimiento real del contenido del contrato, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, cuáles serán las consecuencias económicas y jurídicas de contratar. Así lo declaran las STS 162/21, de 23 de marzo cuando declara que "El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula". Esta falta de transparencia puede provocar un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor,

objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener un préstamo en el que se le enmascaran parte de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato, impidiéndole además comparar correctamente la concreta oferta con otras existentes en el mercado. De hecho, la STS 44/2019, de 23 de enero, no excluye la procedencia de dicho control de transparencia material respecto de las cláusulas que establecen comisiones de apertura.

12.- La consecuencia es clara, a juicio de este tribunal, y no es otra que la obligación de examinar la comisión de apertura desde esta perspectiva. Incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor debe de tener conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión, lo que le permitirá valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato, pudiendo dicha comisión de apertura 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.

CUARTO.- En la actualidad el examen de la abusividad de la comisión de apertura queda marcado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 16 de marzo de 2023,

que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en su auto de 10 de septiembre de 2021, declarando lo siguiente: 1) El artículo 4, apartado 2, 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, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una

comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,".

Esta sentencia del TJUE, conforme indica la citada sentencia de esta Sección 1ª nº 1 219/2023, de 17 de abril, de la Audiencia Provincial de Murcia, por una parte, de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial "también puede alcanzarse una conclusión clara, esto es, que la comisión de apertura por sí misma, no puede ser entendida como una cláusula abusiva en todo caso, sino que podrá ser declarada como tal en atención a las circunstancias del caso concreto en el que la misma sea objeto de examen de abusividad, pues así se declara en el párrafo 59, al señalar que"... una 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. "y, por otra parte fija una serie de criterios que deben ser tomados en consideración por el juez nacional para comprobar la transparencia material de la cláusula, en concreto:" a. La notoriedad de dichas cláusulas de comisión de apertura no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar el si carácter claro y comprensible (parágrafo 41).

b.- La información legal obligatoria que debe facilitar la entidad financiera de acuerdo con la normativa nacional y la información dada por el prestamista en el contexto de la negociación contractual son parámetros a valorar sobre la comprensibilidad de la comisión de apertura (parágrafo 42).

c.- También puede tomarse en consideración la publicidad en relación del tipo de contrato suscrito, dentro del contexto de negociación del contrato (parágrafo 43).

d.- Debe atenderse al nivel de atención medio que puede esperarse de un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (parágrafo 44).

e.- La comisión de apertura si puede ser considerada como un elemento importante pero no esencial del contrato a los efectos de determinar las consecuencias económicas (parágrafo 46).

De conformidad con la citada sentencia nº 219/2023 de esta Sección." la carga de la prueba del cumplimiento de las exigencias de información y del efectivo conocimiento por parte del consumidor de la existencia de dicha comisión, del alcance de los servicios que se remuneran por el mismo, así

como de la posibilidad de negociación individual de dicha cláusula para la asunción voluntaria y consciente por el consumidora de la misma corresponde la entidad de crédito tanto por expresa previsión legal (art.8 de la Ley 2/2009) como por el principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 L.E.Civil)“., debiendo efectuarse el control atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En este caso la parte demandada no ha aportado ningún documento del que resulte que informó debidamente a la demandante en relación con dicha comisión, motivos del cobro de la misa y los hechos o servicios que se remuneraban con ésta, por lo que no se puede conocer si se correspondían o no con la tramitación singularizada del préstamo hipotecario ni a qué servicios efectivamente prestados responde, ni se acredita haber negociado el pago con el consumidor de dicha comisión y la asunción voluntaria por éste del importe correspondiente a servicios de obligatorio cumplimiento y asunción por la entidad bancaria, por lo que no supera el doble control de transparencia permitiendo a la prestataria conocer las consecuencias jurídicas y económicas de lo que contrataba, y generando un importante desequilibrio en la posición del consumidor dentro del contrato, por lo que se trata de una comisión abusiva y ha de desestimación del recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada (artículo 398. L.E.Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y procedente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A. representado por la Procuradora Dña. [REDACTED] a contra la sentencia dictada en fecha cuatro de octubre de dos mil veintidós en procedimiento de juicio ordinario nº [REDACTED], del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, debemos confirmar y confirmamos la misma, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante.

Desestimándose el recurso de apelación se acuerda la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial haciéndose saber que esta resolución es firme al no haber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, y, en su caso conjuntamente, extraordinario por infracción procesal, a interponer ante esta sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el plazo de veinte días siguientes a su notificación mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el depósito de la cantidad de 50 Eur., salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3