



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 DE MÁLAGA

Tlf. NEG 1-5-8: 662490929; Tlf. NEG 2-3: 662490939; Tlf. NEG 4: 662490927; Tlf. NEG 6: 662490964; Tlf. NEG 7-9: 662491047

---PRIMERA INSTANCIA 20BIS: Telfs. 677981701 y 677981706

Fax: 951915439. Tel.:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario **Negociado:** 6

Sobre: Condiciones contratación (Acción cesación, retractación, declarativa) 12 Ley 7/1998

De: J. [REDACTED] A

Procurador/a: Sr/a. ELISA RODRIGUEZ MACIAS

Letrado: Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Contra: BANCO SANTANDER SA

Procurador/a: Sr/a. DEMETRIOS ENRIQUETA DELA FUENTE SALIDO

Letrado: Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA Nº [REDACTED]

En Málaga, a 29 de mayo de 2023.

MAGISTRADA QUE LA DICTA: [REDACTED]

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Letrado: D. Bartolomé Giménez Ibarra.

Procuradora: D^a Elisa Rodríguez Macías.

PARTE DEMANDADA: BANCO SANTANDER, S.A.

Letrado: [REDACTED]

Procuradora: [REDACTED]

OBJETO DE JUICIO: JUICIO ORDINARIO SOBRE NULIDAD DE CLÁUSULAS Nº [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha:	06/06/2023	
Firmado Por:	[REDACTED]			
Url De Verificación:	[REDACTED]	Página:	1/32	

Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PRIMERO.- El 3 de noviembre de 2022 se presentó en este juzgado por la Procuradora de los Tribunales D^a Elisa Rodríguez Macías, en nombre y representación de

[REDACTED]
demanda de juicio ordinario sobre nulidad sobre gastos y restitución de 1314,38€ y nulidad de la cláusula de comisión de apertura y restitución de 792 €, más intereses legales y costas, realizando las alegaciones y presentado la documentación que ha considerado oportunas y pertinentes.

SEGUNDO.- Se dictó Decreto en el que se acordó la admisión de la demanda, emplazando a la parte demandada, quien presentó contestación a la demanda, teniéndose por contestada la demanda mediante Decreto convocando a las partes para la celebración de la audiencia previa.

TERCERO.- El día reseñado se personaron ambas partes, debidamente representadas y defendidas, ratificando sus escritos y proponiendo y admitiendo prueba documental, quedando pendiente de resolución judicial.

CUARTO.- En la tramitación de este pleito se han observado todas las prescripciones y garantías legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte actora ejercita una acción solicitando la nulidad sobre gastos y restitución de 1314,38€ y nulidad de la cláusula de comisión de apertura y restitución de 792 €, más intereses legales y costas presentando las alegaciones y realizando las alegaciones que constan en actuaciones.

La parte demandada se opone a la demanda alegando la licitud y validez de las cláusulas objeto de litigio al haber respetado la transparencia fijada en la Directiva 93/13 y la normativa tuitiva contenida en el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, prescripción de la acción, suspensión por prejudicialidad civil, impugnación de la cuantía, solicitando la desestimación de la demanda y la imposición de costas. La cuestión de suspensión por prejudicialidad está resuelto por Auto.



Es copia auténtica de documento electrónico

Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	2/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

A la vista de las alegaciones de las partes son hechos controvertidos: validez o no de las cláusulas impugnadas, cantidad a restituir, prescripción de la acción, cuantía del procedimiento, intereses y costas.

SEGUNDO.- Prueba practicada. La parte demandante ha presentado la siguiente prueba documental (artículos 317, 319, 324 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil):

a) documento nº 1 acredita que las partes celebraron un contrato de préstamo hipotecario del que procede destacar la cláusula 4ª, primer párrafo, en la que se establece una comisión de apertura de 792 €; y la cláusula 5ª sobre gastos, elevado a escritura pública el 13 de mayo de 2010 con número de protocolo cuatrocientos cincuenta y ocho ante el Notario D. Luis Javier de Almansa Moreno-Barreda.

b) documento nº 2 acredita que la parte demandante ha abonado los siguientes gastos:

-gastos de Notaría: 4784,10 € abonados el 21 de mayo de 2010.

-gastos de Registro de la Propiedad: 236,93 € abonados el 10 de noviembre de 2010.

-gastos de gestoría: 365,40 € abonados el 4 de enero de 2011.

-gastos de tasación: 320 € abonados el 29 de octubre de 2009.

c) documento nº 3 acredita que la parte demandante abonó el 13 de mayo de 2010 la suma de 792 € en concepto de comisión de apertura.

d) documentos nº 4 y 5 acreditan que la parte demandante presentó el 20 de octubre de 2022 una reclamación extrajudicial ante una oficina de la entidad demandada, siendo rehusada por la entidad mediante comunicaciones de 24 de octubre de 2022.

La parte demandada ha presentado la siguiente prueba documental:

a) documentos nº 2 y 3 prueban que el Tribunal Supremo ha elevado dos cuestiones prejudiciales en los juicios ordinarios 1799/2020 y 919/2019.

b) documento nº 4 prueba que el Banco de España ha elaborado una guía de acceso al préstamo hipotecario al que no se le atribuye mayor valor probatorio por no ser preceptivo ni ser marco jurídico aplicable al contrato.

c) documento nº 5 no se le atribuye valor probatorio del servicio prestado por ser un informe genérico aportado a otros procedimientos no relativo al préstamo litigioso del



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	JOSE ANTONIO LAGUNA COLOMA		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	3/32



Es copia auténtica de documento electrónico



que, además, se infiere la realización por la entidad de actuaciones propias de su actividad encaminadas a celebrar el contrato de préstamo (su objeto social), en concreto, evaluar la solvencia de los demandantes (basada en la documentación aportada por la misma) y de la garantía (verificación registral), es decir, no se presta ningún servicio a la parte demandante que deba abonar la misma en concepto de comisión de apertura, la cual se fija conforme a un porcentaje del capital según tarifas publicadas por la entidad (indicio que corrobora la conclusión anterior).

TERCERO.- Marco jurídico. El contrato de póliza de préstamo es un contrato elaborado de conformidad con la llamada contratación en masa en forma de contratos de adhesión, lo que genera ciertas especialidades relevantes en el presente caso. En este ámbito de la contratación la autonomía de la voluntad se ve en cierto modo limitada o restringida en beneficio de la parte más débil de la contratación. En concreto, la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se reduce a la prestación del consentimiento, careciendo, por regla general, de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo las "condiciones generales", es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Por ello el derecho ha establecido mecanismos compensatorios.

El Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, según cuyo artículo 2 «a efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] b) consumidor: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) profesional: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». El artículo 3, apartado 1 señala que: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El artículo 4, apartado 1, dispone lo siguiente: «Sin perjuicio del artículo 7, 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



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Uri De Verificación	[REDACTED]	Página	4/32





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»; el artículo 6, apartado 1, prevé que: «..Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional». A su vez, el artículo 7 establece lo siguiente: «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En el derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas se ha articulando por medio de las siguientes normativas: Ley General 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a tenor de cuyo artículo 10 «las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, (...) deberán cumplir los siguientes requisitos: (...), c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta. La adaptación íntegra del derecho español a lo dispuesto en la Directiva se realizó a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyo artículo 8 establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley y, en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor en el sentido de la LGDCU. Añadió igualmente, en virtud de la DA 1.3, el artículo 10 bis de la LGDCU, con el siguiente tenor: «1. Se considerarán 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 hecho de



Código Seguro De Verificación:		Fecha	06/06/2023	
Firmado Por	DISEÑO ANTONIO LAGUNA GARCIA			
Url De Verificación		Página	5/32	



que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

También es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En primer lugar, porque se trata de un Real Decreto Legislativo que recoge, articula y ordena en gran medida la normativa que ya estaba en vigor y, por otro lado, porque supone una continuidad en el marco normativo de protección al consumidor en supuestos como el presente, sin que reconozca medidas de tutela sustancialmente distintas a las ya vigentes. Esta norma, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 y 53.3 de la Constitución, establece el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. Según el artículo 59, son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario. Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de



Código Seguro De Verificación:		Fecha	06/06/2023	
Firmado Por				
Url De Verificación		Página	6/32	



abril, sobre condiciones generales de la contratación. Su artículo 60 especifica que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Según el artículo 62, se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Según el artículo 65, los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

El artículo 80 del Decreto-Legislativo, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción. b) Accesibilidad y legibilidad. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. En cuanto a las cláusulas abusivas, prevé el artículo 82 que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	7/32





reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Según el artículo 83, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

Asimismo es de aplicación el Código de Buenas Prácticas Bancarias aprobado por Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, estipula una serie de medidas en el ámbito de las familias hipotecadas con problemas de pago para que los bancos y cajas que voluntariamente se adhieran sigan un protocolo para ayudar a reducir la carga mensual o en caso de no ser posible evitar la ejecución hipotecaria, se pacte una dación en pago. Esta normativa incluye un código de buenas prácticas a seguir por las entidades financieras que lo quieran aceptar. El citado Código incluye tres fases:

1ª dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación de los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante casi cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización.

2ª de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda.

3ª si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible. La norma establece los requisitos exigibles para estos supuestos.

Por último la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	06/06/2023	
Firmado Por	MARIA SANDRA GARCIA SANCHEZ			
Url De Verificación		Página	8/32	



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Asimismo es de aplicación a la acción de nulidad ejercitada en este pleito la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013, inspirada en la Directiva 93/13 (en su considerando decimonoveno y en su artículo 4.2) y en lo que exponía en su precedente la Sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (donde señalaba que el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, por lo que no cabría un control sobre el precio), sienta que, como regla general, no cabe utilizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece, asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia. Ese doble control consiste en: 1º superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º superar, además, una vez que puedan considerarse parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; ésta debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

Esta sentencia establece que el análisis del carácter abusivo de las cláusulas debe realizarse del siguiente modo:

– el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	9/32



Es copia auténtica de documento electrónico



– para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe 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.

– El artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

El 3 de junio de 2014 el Tribunal Supremo dictó Auto de aclaración de dicha resolución judicial en el que dispuso “La sentencia proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes –uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas”.

En su Sentencia de 9 de mayo de 2013 abordó el tema de la extensión de los efectos de la sentencia a terceros no litigantes y afirmó, en relación con lo dispuesto en la Exposición de



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	10/32





Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 222.3 LEC, así como la regla 2ª del artículo 222.1, " en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora, por ello, una vez advertido que la demandante no había interesado expresamente su eficacia ultra partes y el casuismo que impregnaba el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, estimó oportuno ceñir la eficacia de su pronunciamiento". Como quiera que esa posibilidad de extender a terceros los pronunciamientos contenidos en una sentencia dictada en un proceso en que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, ha sido igualmente admitida por el TJUE en la doctrina establecida en su sentencia de 26 de abril de 2013 (C-472/2010), la vinculación en este caso a lo razonado por el TS en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 25 de marzo de 2015, parece inevitable.

Igualmente en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 insiste el Tribunal Supremo que "la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto casual propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada.

La prueba documental aportada acredita que se trata de un contrato de préstamo hipotecario que contiene condiciones generales redactadas y predispuestas por la entidad demandada no sujetas a negociación en el marco de la contratación en masa celebrado con un consumidor (hecho no controvertido).

CUARTO.- Prescripción de la acción de reclamación de cantidad. La acción de nulidad basada en la infracción de una norma imperativa (artículo 6.3 del Código Civil) no está sujeta a plazo para su ejercicio en base al principio quod ab initio vitiosum est non potest tractu



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	11/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

tempore convallescere (no procede convalidar un acto radicalmente nulo), es decir, la acción no está sujeta a plazo por lo que no cabe que la acción esté caducada o prescrita. Además la Sentencia del TSJUE de 17 de mayo de 2018 y la del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 disponen que no se convalidan las cláusulas abusivas sino que serán inaplicables y deben repararse los efectos perjudiciales derivados al consumidor por su aplicación, todo ello conforme al principio de efectividad regulado en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.

Respecto a la restitución de cantidad derivada de una acción de nulidad hay dos posiciones jurisprudenciales, este Tribunal considera que la restitución no constituye una acción propia de reclamación de cantidad sino los efectos o consecuencias derivados de la acción de nulidad ejercitada, por tanto, los efectos gozan de la misma imprescriptibilidad que la acción principal según el precepto 1303 del Código Civil que dispone declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente, conforme con el art. 6ª de la Directiva 93/13. No obstante, hay tribunales que consideran que las reclamaciones de cantidad derivadas de la declaración de nulidad están sujetas a prescripción computándose el plazo desde la declaración judicial de nulidad en el sentido indicado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de noviembre de 2020 "... ciertamente cabría someter al plazo de prescripción del art. 1964 C.c. [y] que bien pudo reservarse para un pleito posterior [...], no estimamos que el cómputo deba iniciarse desde los pagos, porque ello es tanto como someter a prescripción la propia acción de nulidad, ya que, de nada serviría declarar que es imprescriptible si sometemos la reclamación de cantidad consecuencia de dicha nulidad a un plazo de prescripción a contar desde el contrato o los respectivos pagos, porque con ello no se garantizaría la efectividad de la nulidad y el pleno resarcimiento del consumidor. Por ello, esta Sala sitúa el inicio del cómputo en el momento de declaración judicial de la nulidad por abusividad o el agotamiento del contrato suscrito, y no la fecha de la celebración del contrato como pretende la recurrente, lo que hace que se desestime la excepción de prescripción opuesta por dicha parte ...".

En atención a lo expuesto, procede desestimar la causa de oposición a la demanda.

QUINTO.- Cláusula de comisión de apertura. La ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, reformada por la LCCI de 2019, la comisión de apertura se contemplaba en el artículo 5



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	12/32



Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de aquella Ley, titulado "Obligaciones de transparencia en relación con los precios", del que conviene transcribir sus dos primeros apartados: 1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior: [...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito".

En el apartado 1 bis b) de la Norma Tercera de la Circular 8/1990, de 22 de junio, entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, establece una regulación en términos similares. Asimismo la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario -BOE de 29 de octubre de 2011-, norma que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, normativa que se completa con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio de 2010) que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	MARIA SANDRA GARCIA GARCIA		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	13/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y la Directiva 2014/17/UE (en relación con la Directiva 2008/48/CE)

El Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, haciendo interesantes reflexiones sobre el alcance de dichas obligaciones en relación a la transparencia exigible en los contratos bancarios y la buena fe que ha de presidir las relaciones con los clientes. En concreto ha dicho en la citada Memoria el Banco de España, por lo que a nosotros nos interesa, lo siguiente: "*Las entidades pueden pactar libremente comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que se hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:*

-que informen debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados procurando, en este caso, que aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad. (...)

-además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el contrato, figurando al menos su concepto en el caso de los gastos cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas. (...)

-que cuenten con el consentimiento al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 distingue **entre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (sometidas al control de incorporación derivado de la Ley 7/1998, de 13 de abril, y al de transparencia material que establece el precepto de la Directiva citada) de las cláusulas que no definen dicho objeto principal, que pueden ser objeto de análisis de contenido desde la perspectiva de su carácter abusivo, esto es, en atención al quebranto del principio de buena fe, justo equilibrio de prestaciones y reciprocidad.**

Asimismo el Tribunal Supremo en sus Sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, ha calificado la cláusula de comisión de apertura como una prestación principal del contrato, es definitoria del precio, que no lo determina únicamente el interés que se abona durante toda la vida del préstamo sino además un pago único e inicial, la comisión de apertura. El Tribunal Supremo en su Sentencia 44/2019, de 23 de enero dispone que el precio del préstamo lo constituye el interés y la comisión de apertura, es una partida del precio de los servicios de la entidad bancaria argumentando que lo contrario supondría que la entidad bancaria debería externalizar estos servicios con una entidad distinta para poder cobrarlos. La configuración de esta comisión como parte del precio impide que los tribunales realicen un control sobre su proporcionalidad según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, concluyendo el Alto Tribunal que se trataba de una prestación



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	14/32





principal (precio) transparente no pudiendo abordar la validez de dichas cláusulas desde la perspectiva del contenido. Por tanto, el Tribunal Supremo distingue entre cláusula determinante de la prestación principal y cláusula accesoría a fin de distinguir entre juicio de transparencia y juicio de contenido (artículos 3 y 4 de la Directiva). EL Alto Tribunal exige igualmente que en las sentencias reseñadas la comisión de apertura debe retribuir un servicio específico al cliente que no constituya la mera disposición del capital prestado (objeto del contrato) que se retribuye con el interés a abonar y para ello debe realizar las operaciones previas de estudio de conveniencia del cliente. Estas operaciones considera el Tribunal Supremo que no es un servicio ajeno al objeto del contrato y por ello no debe retribuirse separadamente, se trata de una actividad consistente en decidir si otorga o no el préstamo según la viabilidad del cliente y de la operación, por ello no se abona estas gestiones en los casos en que no se concede el préstamo. Esta cláusula supone una imposición del profesional, carente de reciprocidad y buena fe.

En la actualidad los apartados 3 y 4 del artículo 14 LCCL, bajo el título “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios” disponen: “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 la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del 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”.

En el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 44/2019 establece “Decisión del Tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia”. Y que la propia argumentación de la Excm. Sala, frente a la que había desarrollado la sentencia recurrida y casada, comience con estas palabras del apartado 9 de dicho Fundamento: “No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	15/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. 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 (...). (...) “La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la “comisión de riesgo” objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo”.

La Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 establece en los apartados 62 y 63 “A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32). Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del



Código Seguro De Verificación:		Fecha	06/06/2023	
Firmado Por				
Url De Verificación		Página	16/32	

Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

En la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 no consideró elemento definitorio del objeto principal del contrato una cláusula que permitía a la entidad financiera prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés del préstamo “en caso de que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero”. Mientras que, en la Sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, el TJUE no puso en cuestión la premisa de que sí entraba, en dicho sentido, en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 una cláusula que contenía una fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios en la que se estipulaba que “se entenderá que año tiene 360 días”. Hay que señalar, sin embargo, que una tesis como la referida de la Sentencia Matei –en principio muy extraña: el interés remuneratorio es, sin duda, el precio que paga el prestatario al prestamista por obtener de él el goce temporal del capital del préstamo–, la justificó el TJUE con el argumento de que, en la letra j) del apartado 1 del Anexo de la misma Directiva, se especifica como una de las cláusulas “que pueden ser declaradas abusivas” (apartado 3, en relación con el 1, del artículo 3) las que tengan por objeto o por efecto “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados los términos del mismo”. Y conviene mencionar que, en la anterior Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler, el Tribunal de Justicia entendió que la expresión “objeto principal del contrato” incluía una cláusula que, en un préstamo hipotecario denominado en divisas, establecía que la cotización de venta de la divisa en cuestión sería la aplicable para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo. En la misma sentencia tampoco consideró definitoria del objeto principal del contrato una cláusula que establecía una llamada “comisión de riesgo”; pero es que no había manera de saber qué remuneraba dicha comisión. Los servicios que remunera la comisión de apertura están claramente determinados por las normas legales españolas arriba citadas; y se trata de costes que la concesión de cada concreto préstamo genera necesariamente, en mayor o menor medida, a la entidad financiera prestamista.

Igualmente en la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 dispone “[P]ara orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	17/32



Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

El Tribunal Supremo en diversas Sentencias 705/2015, seguida de las Sentencias 147/2018, 149/2018, 44/2019, 45/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019 y 457/2020 no ha sostenido que forme parte del objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, cualquier cláusula que imponga al prestatario consumidor un pago que forme parte del referido “coste total del crédito para el consumidor” –la mejor prueba de ello es la jurisprudencia antes mencionada que, desde la Sentencia 705/2015, seguida de las Sentencias 147/2018, 149/2018, 44/2019, 45/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019 y 457/2020, ha declarado abusivas las cláusulas que imponen al prestatario consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo–; ni, como se ha dejado reseñado con las propias palabras de la Excm. Sala Primera, la razón por la que ha declarado que la comisión de apertura es, junto al interés remuneratorio, “partida principal” o “componente sustancial del precio del préstamo” hipotecario ha sido “el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este” para el consumidor.

A la vista de todo lo anterior, la comisión de apertura no constituye una cláusula determinante de una prestación principal, aunque se incluya en el coste del préstamo, sino una prestación accesoria y por tanto sometida a control de transparencia y contenido (conforme a las exigencias de buena fe analizar si supone 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). El TJUE establece que la comisión es accesoria e impone al profesional la carga de probar que la comisión responde a servicios efectivamente prestados



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	18/32



Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

pues en otro caso podría causar en detrimento de consumidor contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de octubre de 2020 dispone que la comisión de apertura retribuye la actividad inicial realizada por la entidad bancaria tendente a valorar la viabilidad de la operación respecto de lo cual quien suscribe concluye que ello ni es un servicio específico que presta la entidad al cliente sino la acción de todo contratante tendente a considerar si una determinada operación le es conveniente (es decir, es una acción de valoración de riesgo empresarial que incumbe únicamente a la demandada cuyo eventual coste autónomo -caso de que exista- no puede trasladar a la actora) ni se entiende que ello pueda constituir un servicio real, existente, pues, llevado el argumento a extremos absurdos y en la medida en que se conceda o no finalmente el préstamo (y como el servicio de valoración de la viabilidad se habrá llevado a cabo en todo caso), la entidad debería exigir su pago en toda circunstancia, incluso cuando el préstamo finalmente no se concede, cosa que evidentemente -lo contrario resultaría absurdo-, no sucede. En definitiva, la actuación por medio de la cual la entidad bancaria decide si el cliente es solvente, esto es, si la operación le resulta conveniente en términos de seguridad financiera, no puede sino incluirse en la fase precontractual de negociación sin que constituya servicio alguno real, efectivo y, sobre todo, distinto al hecho de prestar dinero a cambio de la remuneración que constituye el interés.

Por tanto, a la vista de la doctrina expuesta y de la normativa aplicable una comisión debe basarse en un servicio efectivamente prestado que no constituye un coste inherente de la actividad empresarial ni una obligación legal, es decir, no cabe cobrar una cantidad por una actividad inherente al contrato consistente en determinar si la operación es viable que se realiza por exigencia legal (SAP de Málaga de 27 de octubre de 2020). En el presente supuesto la parte demandada no ha aportado prueba que acredite la prestación de un servicio específico a la parte demandante que no se incluya en la actividad propia de la misma inherente a evaluar la solvencia del cliente para celebrar el préstamo objeto de solicitud.

En conclusión, la cláusula es nula de pleno derecho, debiendo excluirse su aplicación del contrato no vinculando al consumidor y en consecuencia procede restituir la cantidad debidamente abonada de 792 € al imputarse por la entidad demandada en la cuenta de la parte demandante, según la escritura y según el cargo en la cuenta de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- Cláusula de gastos hipotecarios. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 declaró la nulidad de la cláusula de gastos al contener una imputación única de los gastos al prestatario determina su nulidad y ello a pesar de que la aplicación de la



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	19/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

normativa permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas. No se trata de una nulidad derivada de la oscuridad de la cláusula o de la falta de información, sino que el carácter abusivo se produce aun cuando conociendo el consumidor su contenido no puede evitar la imposición de los gastos vulnerándose el equilibrio y la reciprocidad en el reparto de los mismos. De modo que la falta de reciprocidad y en aplicación de la legislación reseñada se declaró la nulidad por parte del Tribunal Supremo. Así la cláusula infringe lo dispuesto en el precepto 89 del TRLGDCU al imponerle al consumidor la obligación de abonar las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables; gastos de documentación y tramitación que por ley le correspondan al empresario; gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario; pago de gastos de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; pago de gastos de servicios complementarios o accesorios no solicitados; así como 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 de modo claro.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo cabe inferir que una cláusula (que constituye una condición general redactada por la entidad demandada) que impone de forma indiscriminada (sin distribuir) al prestatario sin reciprocidad de todos los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, constitución de hipoteca y concesión del préstamo, supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Por tanto, de conformidad con la normativa y jurisprudencia reseñadas procede el siguiente análisis:

1.- en primer lugar, control de transparencia supone un control de legalidad en orden a comprobar que la cláusula discutida tenga una comprensión real de los aspectos básicos del contrato, es decir, que el ejecutado conociera y comprendiera las consecuencias jurídicas de



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	20/32





los aspectos básicos del contrato. Paralelamente supone para la entidad bancaria el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa reglamentaria desde la perspectiva de una comprensión real y no simplemente formal. De modo que, supone examinar la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada en la redacción de la cláusula desde la perspectiva de valorar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor pueda evaluar las consecuencias jurídicas y económicas, en otras palabras, que el consumidor conozca el funcionamiento de la cláusula. Las cláusulas 5ª de la póliza establece que serán cargo del prestatario los gastos de tasación, todos los gastos hasta la inscripción en el Registro de la Propiedad, primera copia y copia simple, aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos de correo u otros medios de comunicación, mediante el empleo de un lenguaje bancario y redacción genérica sin concreción de que supone cada gasto y sin determinar la existencia de normas que impongan tales obligaciones y el sujeto obligado, es decir, si hubiese concretado que el impuesto de Actos Jurídicos es obligación del prestatario por imposición legal al ser el sujeto pasivo y las normas que regulan el resto de gastos, el consumidor que firma la póliza podría haber entendido que no hay obligación legal de asumirlos de forma plena y absoluta que es lo que parece inferirse de la propia cláusula, de modo que, esta cláusula supera el control de transparencia formal, pero no supera la transparencia real al no indicar que es una imposición no justificada, el funcionamiento de dicha cláusula y el coste real que supone su asunción para la parte obligada al abono indiscriminado de tales gastos. Esta imposición, ausencia de falta de información de que es una imposición contractual y no legal, así como la ausencia de negociación, se infiere del propio contenido de la escritura y de todos los documentos aportados por la parte demandada.

2.- en segundo lugar, el control de la proporcionalidad de la cláusula. La normativa expuesta incluye como uno de los supuestos de cláusula abusiva aquella que causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Pues bien, tal y como indica la propia sentencia del Tribunal Supremo la asunción sin la información reseñada anteriormente por el consumidor de la mayoría de los gastos de forma indiscriminada y sin distinguir los sujetos pasivos de los distintos hechos imposables o los actos exentos de tributación determina un desequilibrio que



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por:	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	21/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ocasiona perjuicio del consumidor que determina que nos encontremos ante una cláusula abusiva.

En el presente supuesto se declara nula y abusiva esta cláusula por no superar el doble control de incorporación y transparencia, así como el de proporcionalidad, procediendo la inaplicación de la misma a fin de evitar sus efectos vinculantes, sin sea posible modificar el contenido de la cláusula.

SÉPTIMO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2018 establece que la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código Civil que regula la restitución de prestaciones recíprocas entre las partes, pues no se trata de abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (en este caso, a la gestoría y al tasador), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como la declaración de abusividad obliga a restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la estipulación abusiva.

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. Y debe resarcirse al consumidor dejándolo indemne del perjuicio sufrido al realizar el pago que correspondía al prestamista y ello no puede ser sino entregando a este no solo lo pagado, sino igualmente los frutos de ese dinero (intereses) que hubiera percibido de no haberse realizado por él dicho pago indebido.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	22/32



Es copia auténtica de documento electrónico



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

La STJUE 16 de julio de 2020 establece "el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo de que, una vez declarada la nulidad, el juez nacional debe fijar la imposición de gastos de conformidad con la legislación supletoria aplicable.

La parte demandante solicita de forma genérica la restitución de todas las cantidades abonadas por lo que procede en atención a los efectos de la difamatio iudicialis y la incertidumbre sobre el conflicto, así como la naturaleza de la acción ejercitada, la conexión entre las consecuencias entre sí y con la acción ejercitada, procede dictar pronunciamiento sobre el fondo de la acción de forma íntegra, incluyendo el gasto por los gastos reclamables derivados de esta acción. En aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y la ausencia de prueba documental aportada respecto a los gastos concretos abonados, su cuantía y fecha de abono, no es posible condenar a la parte demandada a abonar ninguna cantidad.

A)ARANCEL DE NOTARÍA. La legislación supletoria aplicable es el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, el cual dispone en el Anexo II, norma Sexta: "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". Lo cierto es que en el supuesto de autos (y en la generalidad de ellos) no nos consta quien ha requerido la intervención del notario.

Respecto a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y la Sentencia nº 237/2017, de 17 de abril, de la Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, establecen que ambas partes contratantes ostentan igual interés en la celebración del contrato de crédito hipotecario abogando por una distribución equitativa (moderada en beneficio de ambas partes de un contrato) en el sentido de recaer las cargas por igual sobre ambos contratantes desde la perspectiva de la mínima reciprocidad. La



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	MARIA CRISTINA GARCIA PEREZ		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	23/32



Es copia auténtica de documento electrónico



distribución equitativa se ha reiterado en las Sentencias números 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero que, en atención a la interpretación de los aranceles de Registro y de Notaría, alcanzan la conclusión de que los gastos de constitución registral de la carga corresponden a la entidad bancaria, los de cancelación al cliente, los gastos notariales son de común interés de los contratantes por lo que procede su distribución al 50%, incluyendo los del otorgamiento de sucesivas escrituras de ampliación o novación salvo la escritura de cancelación cuyo interés es exclusivo del cliente. En aplicación de esta doctrina procede acoger el 50% de la cantidad abonada por este concepto en concreto la suma de 392,05 €.

B)GASTOS DE TASACIÓN. En cuanto a los gastos de tasación del inmueble la S.T.S. de 23 de diciembre de 2015 estableció que la constitución de la garantía (y su apropiada valoración) constituye una formalidad que redunde en interés y beneficio de ambas partes: el del banco, que obtiene un valor -por ejemplo- que le permite acceder a las facilidades del procedimiento especial de ejecución hipotecaria (que requiere la tasación del inmueble a efectos de subasta) y el del cliente que se procura una valoración adecuada del bien que ofrece en garantía (de lo cual depende el acceso a determinadas condiciones de crédito) y evita además el malbaratamiento del inmueble en caso de ejecución, fijando que deben abonarse al 50% por ambas partes en aplicación de la distribución equitativa y mínima reciprocidad.

No obstante, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 2021 ha puesto término a las diferentes posturas que existían sobre este tema y determinado que corresponden en su totalidad al prestamista (salvo que sea de aplicación lo dispuesto en la Ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)

El Alto Tribunal dispone que, si bien la tasación no es un requisito de validez de la hipoteca, si es necesaria, por un lado para la ejecución judicial directa de la misma (artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ya que en la escritura de constitución de la hipoteca debe fijarse el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación (artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); por el otro, para que el crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en la Ley del Mercado Hipotecario debiendo ser tasados por las entidades reseñadas o por servicios de tasación que cumplan los requisitos reglamentarios (artículo 7).



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	MARIA SANDRA GARCIA SANCHEZ		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	24/32



Igualmente indica en esta sentencia que el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De conformidad con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva, es decir, procede acceder a la devolución de la suma de 320 €.

C)GASTOS DE GESTORÍA. Los gastos de gestoría suponen gestiones derivadas de la formalización del préstamo (presentar la documentación en notaría o Registro de la Propiedad, gestión del impuesto), no regulándose en ninguna norma el abono de los mismos por alguna de las partes contratantes. El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, establece en su artículo 40 la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito .

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo aplicaba la doctrina de distribución al 50% entre ambas partes por ser unos gastos que beneficiaban a ambos contratantes según el principio de mínima reciprocidad y distribución equitativa.

No obstante, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de octubre de 2020 determinó que “Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva”. En aplicación de esta doctrina y de lo que solicita la parte demandante procede reconocer el 100% del gasto de gestoría ascendente a 365,40 €.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	25/32





D)GASTOS DE INSCRIPCIÓN. En lo referente a los gastos de inscripción es de aplicación el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma Octava: "1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasión dicha inscripción debiendo condenar a la entidad demandada a abonar la suma de 236,93 €.

A la vista de lo anterior, procede condenar a la parte demandada a la devolución de la cantidad de mil trescientos catorce euros con treinta y ocho céntimos (1314,38€).

OCTAVO.-Cuantía del procedimiento. El artículo 253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda, calculándose la misma en base a las reglas de los artículos 251 y 252. El artículo 254 recoge las posibilidades que el Juzgador tiene de controlar de oficio la clase de juicio por razón de la cuantía, si bien al proceso se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda. Y el artículo 255 de la ley adjetiva civil prevé la impugnación de la cuantía y clase de juicio por razón de la cuantía, disponiendo que el demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando crea que si se hubiese determinado ésta de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro o resultaría procedente el recurso de casación. Seguidamente, el mencionado artículo 255 distingue el momento procesal oportuno para la impugnación de la cuantía que determina el tipo de procedimiento fijada en el auto de admisión de la demanda. En el juicio ordinario, este momento será la contestación a la demanda, resolviéndose la cuestión en la audiencia previa al juicio. En el juicio verbal, el demandado impugnará la cuantía o la clase de juicio por razón de la misma, en la vista y el tribunal resuelve la cuestión en el acto, antes de entrar en el fondo del asunto y oyendo previamente al actor, todo ello sin perjuicio de poder recurrir al decreto de admisión en el que se fija la cuantía.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	08/06/2023	
Firmado Por	MARIA SANDRA GARCIA SANCHEZ			
Url De Verificación		Página	26/32	



En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 25 de marzo de 2009 analiza esta cuestión indicando “esta Sala ha venido estableciendo reiteradamente que para la determinación de la cuantía del procedimiento y la determinación de la clase del mismo por la que debe tramitarse, la LEC hace referencia al momento inicial del procedimiento y al trámite para la impugnación, esto es, el momento de plantearse la demanda (art. 253) y la contestación de la demanda o vista (art. 255), sin que se prevea la posibilidad de que esa cuantía quede determinada de otro modo en la segunda instancia y, por supuesto en el momento de interponer el recurso de casación”. Prosigue la citada sentencia estableciendo que “ si la cuantía no fue impugnada por el incidente del art. 255 LEC, es obvio que la clase de juicio quedó determinada desde el escrito rector del procedimiento”. En definitiva, la cuantía quedó determinada por la parte actora en su escrito de demanda.

No obstante, cuando el procedimiento se fija por razón de la materia, como en nuestro caso, el artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé la impugnación de la cuantía puesto que lo que se trata no es el tipo de procedimiento por razón de la cuantía, supuesto analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de marzo de 2009 en la que indica que “las posibilidades de impugnación de la cuantía por la parte demandada quedan limitadas a los supuestos en que el procedimiento a seguir sería otro o bien cuando sea determinante del acceso a casación (255 LEC)”. En el supuesto que trata la antedicha sentencia nos encontramos ante un juicio verbal por razón de la materia, derivado de una calificación negativa de un Registrador de la Propiedad. Continúa la mencionada resolución manifestando que “en este tipo de asuntos la cuantía señalada no afecta ni al tipo de procedimiento ni al acceso a casación por lo que la falta de impugnación de la cuantía no implica necesariamente conformidad de la demandada sobre ese extremo”. Por tanto, en este supuesto no se puede impugnar la cuantía según el artículo 255, si bien cabe recurso contra el decreto de admisión.

Por tanto, de conformidad con los preceptos reseñados no cabe la impugnación de la cuantía al no ser relevante para el tipo de procedimiento y constituirlo como hecho controvertido de esta resolución judicial.

NOVENO.- Intereses. Además de la cantidad de la deuda y en respuesta a la petición de la parte actora, este tribunal considera conforme a derecho reconocer a esta parte la indemnización por los daños derivados de la morosidad en el cumplimiento de su obligación de pagar la contraprestación a que está obligada la parte demandada, según el artículo 1101 Código Civil y la más reciente **doctrina del Tribunal Supremo (acuñada desde mediados de los años noventa) respecto del superado aforismo “in illiquidis non fit mora”**. Conforme a la nueva doctrina, la condena al pago de una cantidad de dinero



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	27/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

en una sentencia determina que proceda el abono de los correspondientes intereses como justa compensación al acreedor por la cantidad debida, incluso aunque en la sentencia se condene al pago de una cantidad inferior a la pedida. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-5-1998 indica: "si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma" (en la misma línea cabe citar, entre otras, las SSTs 29-11-1999; 8-11-2000).

La indemnización consiste, al ser una obligación dineraria, según el artículo 1108 Código Civil, y no haberse pactado nada entre las partes, en el interés legal devengado por la cantidad debida desde la interposición de la demanda.

En cuanto al día a quo es el día del cobro de cada una de las cuotas hipotecarias, tal y como dispone el Tribunal Europeo (21 de diciembre de 2016) y el Tribunal Supremo (Sentencias 24 de febrero de 2017, 25 de mayo de 2017 y 20 de diciembre de 2016), órgano que indica expresamente *"en estos casos de nulidad, conforme al artículo 1303 del Código Civil, el alcance restitutorio de los intereses incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles y en la última sentencia reseñada establece "Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio; 812/2005, de 27 de octubre; 1385/2007, de 8 de enero; y 843/2011, de 23 de noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales"*.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	MARIA GABRIELA GARCIA SANCHEZ		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	28/32



Es copia auténtica de documento electrónico



En el caso de autos, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su Sentencia de 19 de diciembre de 2018, ya reseñada, procede, al haber declarado abusiva la cláusula que impone el abono de los gastos derivados del contrato hipotecario, restituir la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, es decir, imponer a la entidad demandada la obligación de abonar las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la cláusula abusiva, asimilando esta obligación a la figura jurídica del enriquecimiento injusto (el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que impuso al consumidor) y a la figura jurídica del pago de lo indebido (el consumidor ha realizado un pago indebido y la entidad bancaria se benefició del mismo), procediendo dejar indemne al consumidor lo cual se consigue con la imposición de abonar lo pagado y los intereses de dicha suma desde su abono por el consumidor hasta el dictado de la sentencia, aplicándose posteriormente lo dispuesto en el precepto 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO.- Costas. El Tribunal Supremo en su Sentencia 472/2020, de 17 de septiembre y 31/2021, de 26 de enero, dispone que en aquellos procedimientos sobre cláusulas abusivas donde el consumidor vea estimadas totalmente sus pretensiones, la banca abonará todas las costas procesales, indicando que la regulación que impone las costas contenida en los artículos 394 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no colisiona con el Derecho comunitario, y en concreto, con la Directiva 93/13, si se respetan los principios de efectividad y equivalencia. El respeto al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de la Directiva 93/13). Así alude a la Sentencia 419/2017, de 4 de julio que declaró "el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes: 1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	29/32





declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor. 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas. 3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. 4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, procede condenar a la entidad bancaria al abono de las costas procesales”.

Por tanto, la doctrina anterior determina que en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos” (efecto disuasorio inverso).

En aplicación de los anteriores criterios, procede condenar a la entidad bancaria al abono de las costas procesales dada la estimación esencial de la demanda interpuesta y la doctrina jurisprudencial reseñada.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	30/32





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Atendiendo a lo expuesto, los preceptos legales citados y los de general aplicación.

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Elisa Rodríguez Macías, en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad bancaria BANCO SANTANDER, S.A. y en consecuencia:

a) declaro nula la cláusula 4^a, primer párrafo, en la que se establece una comisión de apertura de 792 € del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 13 de mayo de 2010 con número de protocolo cuatrocientos cincuenta y ocho ante el Notario D. Luis Javier de Almansa Moreno-Barreda., procediendo su inaplicación.

b) condeno a la parte demandada a restituir a la parte demandante la suma de setecientos noventa y dos euros (792 €) en concepto de nulidad de cláusula de comisión de apertura.

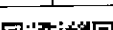
c) declaro nula y abusiva la cláusula 5^a sobre gastos el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 13 de mayo de 2010 con número de protocolo cuatrocientos cincuenta y ocho ante el Notario D. Luis Javier de Almansa Moreno-Barreda., procediendo su inaplicación.

d) condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la suma de mil trescientos catorce euros con treinta y ocho céntimos (1314,38 €), en concepto de nulidad de la cláusula gastos.

e) condeno a la parte demandada a abonar la suma correspondiente por interés legal desde el abono de las sumas indebidamente cobradas hasta el dictado de la



Es copia auténtica de documento electrónico

Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023	
Firmado Por	JOSE ANTONIO LAGUNA COLOMA			
Url De Verificación	[REDACTED]			
		Página	31/32	



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

sentencia, aplicándose posteriormente lo dispuesto en el precepto 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

f)condeno a la parte demandada a abonar la costas procesales generadas en la instancia.

Notifíquese la presente resolución judicial a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	06/06/2023	
Firmado Por	[REDACTED]			
Url De Verificación	[REDACTED]			
		Página	32/32	

Es copia auténtica de documento electrónico