

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

SENTENCIA: [REDACTED]

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

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 002

N.I.G. [REDACTED]

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: G. [REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

MAGISTRADOS

SENTENCIA N° [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a seis de julio de dos mil veintitrés.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número [REDACTED] se han tramitado en el Juzgado civil nº 16 de Murcia entre las partes, como actora y apelada don [REDACTED] representado por la procuradora doña Rocío Bernal Barnuevo y dirigido por el letrado Sr. Giménez Ibarra ; y como parte demandada y apelante la entidad de crédito "Banco Santander" S.A., representada por el procurador Sr. [REDACTED] y dirigida por la letrada Sra. [REDACTED]. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don C. [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 5 de noviembre de 2021 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: FALLO:

"Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D. [REDACTED] contra SANTANDER S.A. y:

- 1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 21 de febrero de 2014 ante el notario D. José A. Lozano Olmos con número 283 de su protocolo, y en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 902,42 € según desglose obrante, a la que se añadirá el interés legal desde la fecha de su abono hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la LECivil.*
- 2. Declaro la nulidad de la clausula que establece una comisión de apertura inserta en el antedicho contrato litigioso y en consecuencia condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 400 €,*

a la que se añadirá el interés legal desde la fecha de su abono hasta la fecha la presente resolución.

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada que lo basó en la validez de la cláusula de comisión de apertura. Se dio traslado a la parte contraria que se opuso al recurso.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo [REDACTED] señalándose para deliberación, votación y fallo el día 5 julio 2023.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia dictada en la instancia estima íntegramente la acción individual de condiciones generales de la contratación ejercitada por la parte actora don [REDACTED] contra la entidad de crédito demandada "Banco Santander" S.A. tendente a que se declare la nulidad por abusivas de las cláusulas de gastos y de comisión de apertura insertas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por las partes con fecha 21 febrero 2014 y que se tengan por no puestas. Y en consecuencia que se condene a dicha demandada al reintegro a la parte actora de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula de gastos que asciende a la cantidad de 697,02€ más otros 400€ importe de la comisión de apertura, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y con imposición de costas a la demandada. En el acto de la audiencia previa la parte actora acomodó su pretensión de reclamación de los gastos de gestoría a la jurisprudencia existente, solicitando la totalidad de los mismos. En total 902,42€.

1.097'02 €

2. La citada sentencia estima íntegramente la demanda. Por un lado declara la nulidad por abusivas de las cláusulas de gastos hipotecarios y de comisión de apertura, y por otro lado condena a la parte demandada al reintegro de los gastos indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula de gastos que se concreta en 902,42€ más otros 400€ correspondientes al importe de la comisión de apertura, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos. Finalmente la sentencia impone las costas a la parte demandada.

3. La mencionada entidad de crédito "Banco Santander" S.A. muestra su disconformidad con dicha sentencia únicamente con respecto al pronunciamiento que declara la nulidad por abusiva de la cláusula de comisión de apertura. Se alega su validez y eficacia.

SEGUNDO.- 1. Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

2. La parte recurrente fundamenta su pretensión revocatoria tendente a la validez de la cláusula de comisión de apertura en los siguientes motivos. De un lado considera que conforme a la jurisprudencia del TS dicha cláusula junto con el interés remuneratorio constituye un componente esencial del precio del servicio de préstamo ofrecido por la entidad bancaria no pudiendo calificarse como un gasto. En tal sentido refiere la STS 44/2019. Así mismo se alega que dicha comisión cumple con las exigencias de la transparencia sustantiva por aplicación de los postulados de la STS 44/2019. Dicha transparencia se confirma: (i) porque tal cláusula es de general conocimiento por los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario; (ii) la referida cláusula es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario; (iii) se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y (iv) para la STS 44/2019 la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que

constituye un elemento esencial del contrato. Finalmente se hace mención a la compatibilidad de la STJUE de 16 julio 2020 con la STS 44/2019.

Sin embargo este tribunal no comparte tales alegaciones.

3. Sobre esta cuestión este Tribunal se había pronunciado en precedentes sentencias declarando la nulidad por abusiva de dicha cláusula, así en la sentencia de 26 julio 2018. Sin embargo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 2019 que establece que dicha comisión no es abusiva si es transparente, modificamos nuestro criterio interpretativo asumiendo así la referida doctrina jurisprudencial. En la citada STS de 23 enero 2019 se declara:

...“ 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.

10.- *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 tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario”.*

Sin embargo la STJUE de 16 julio 2020 mantiene un criterio jurídico interpretativo diferente. Téngase en cuenta que el argumento de que la comisión litigiosa forma parte del precio y es transparente la cláusula es un planteamiento superado con arreglo a dicha sentencia, de aplicación preceptiva (art 4 bis LOPJ), que al respecto dice... *“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[...] El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este”.* Y al tratar de la abusividad considera que una cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato... *“cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a*

servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido". En segundo lugar, no se concretan y acreditan qué servicios efectivamente han sido prestados y en qué gastos ha incurrido la prestamista que den cobertura a la suma reclamada.

4. En el sentido expuesto, y tratando conjuntamente tanto la comisión de apertura como la de "estudio", en aplicación de la STJUE de 16/07/2020, ya se han pronunciado otras Audiencias Provinciales. Por ejemplo, la SAP Barcelona, Sec. 4ª de 19-10-2020, cuando en su fundamento de derecho quinto explica que:

"En cuanto a las cláusulas de comisiones de apertura y de estudio e información es de aplicación la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, que declara: "3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente." A continuación, la actual STJUE de 16 de marzo de 2023, determina el alcance del art. 5 de la Directiva 93/13 en cuanto a la exigencia de claridad y comprensión, entendida como requisito de transparencia material, concluyendo en su fallo que el artículo 5 de la Directiva... "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".

5. Por otro lado, al tratar el control de abusividad, la sentencia del TJUE de 16/07/2020 ya declaró que una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y una entidad financiera puede causar en detrimento del primero un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del mismo "...cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente".

Y en este sentido la citada STJUE de 16/03/2023 se refiere al art. 3 de la Directiva 93/13 y al carácter abusivo de la cláusula litigiosa, refiriéndose a las exigencias de la buena fe y a la existencia del eventual desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes “ex contractu”, concluyendo en su fallo que: el artículo 3, apartado 1, de la Directiva *“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”*.

6. En este caso, respecto de la comisión de apertura, resulta que la parte recurrente considera que forma parte del precio junto con el interés remuneratorio, lo que no puede compartirse por este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia emanada del TJUE en los términos expuestos; resultando que, además, aunque el tenor literal de la cláusula litigiosa permita conocer las consecuencias económicas (el importe a que asciende su pago), resulta que no se ha acreditado qué concretos servicios prestados son los justificadores de la estudiada comisión de apertura. Nos encontramos con una falta de prueba de la transparencia de la estudiada comisión, al no constar que estuviera incluida en la oferta vinculante o solicitud de préstamo, al no estar la misma aportada a autos, que impide verificar si se superaba con ello esa exigencia de transparencia.

7. Finalmente, en cuanto a su abusividad, aunque se admitiera -en vía de hipótesis- que, en una negociación individualizada, razonablemente, podría esperarse que el prestatario asumiera el pago de una suma de este importe por la sola concesión del préstamo (además, por supuesto, del pago del interés remuneratorio), la comisión es válida si el importe no desproporcionado se limita a ser contrapartida de servicios necesarios para la concesión del préstamo (esto es, relativos al estudio, diseño y tramitación singularizada de la solicitud de préstamo hipotecario); resulta que no contamos con elemento probatorio que permita inferirlo; extremo respecto de cuya

acreditación la entidad prestamista, por razones obvias, está en mejor disposición que el consumidor "ex" art. 217.3 y 7 LEC.

Como este tribunal ha manifestado en sus últimas sentencias, la reciente STS nº 816/2023 de 29 de mayo no ha enervado las citadas conclusiones.

Procede la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Dicha desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. [REDACTED] en representación de la entidad bancaria demandada "Banco Santander" S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 16 de Murcia en el procedimiento ordinario nº [REDACTED] debemos **CONFIRMAR íntegramente** la misma, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

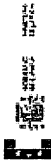
Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al ser desestimado el recurso, debiéndose dar al mismo el destino legal pertinente.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra ésta cabe interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en los términos del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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

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

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



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 14/09/2023 13:46

Mensaje

IdLexNet	[REDACTED]
Asunto	Comunicación del Acontecimiento [REDACTED]
Remitente	Órgano AUD. PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCION 4 de Murcia, Murcia [3003037004]
	Tipo de órgano AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL [REDACTED]
Destinatarios	[REDACTED]
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Cartagena
	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
Fecha-hora envío	14/09/2023 12:58:52
Documentos	3003037004120230000004274 U.pdf (Principal)
	Descripción [REDACTED] Hash del Documento: [REDACTED]
Datos del mensaje	Procedimiento destino [REDACTED]
	Detalle de acontecimiento [REDACTED]
	NIG [REDACTED]

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
14/09/2023 13:46:41	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia	LO RECOGE	
14/09/2023 13:15:57	Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia (Murcia)	LO REPARTE A	BERNAL BARNUEVO, ROCIO [490]-Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.