



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 7
LEON

SENTENCIA: 00833/2023

ANA Mª PASCUA APARICIO
PROCURADORA

FECHA NOTIFICACIÓN
24.05.2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVD. INGENIERO SAEZ DE MIERA (CIF:
(FAX SCOP 987895169) (FAX SCEJ 987895015)
Teléfono: 987895100-centralita, Fax: UPAD 987895213
Correo electrónico:

Equipo/usuario: NGS
Modelo: N04390

N.I.G.: 24089 42 1 2021 0006083

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0002207 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC GARNT TNMO PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. L

Procurador/a Sr/a. ANA MARIA PASCUA APARICIO

Abogado/a Sr/a. SANTIAGO PASCUA APARICIO

DEMANDADO D/ña. UNICAJA BANCO SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En León, a 19 de mayo de 2023.

Vistos por D. _____ Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de León y su Partido Judicial, los autos del Juicio Ordinario NUM 2207/2021, promovidos por la Procuradora Dª. Ana María Pascua Aparicio, en nombre y representación de Dª. _____ asistidos de la Letrada D. Santiago Pascua Aparicio, contra la entidad UNICAJA BANCO S.A, representada por la Procuradora Dª. _____ y defendida por el Letrado D.. _____ el ejercicio de la acción de nulidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO

Firmado por: CARLOS BARRIOS
BARRIO
19/05/2023 10:15



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PRIMERO.- Por la Procuradora D^a. Ana María Pascua Aparicio, en nombre y representación D^a.

ordinario que dirige frente a la entidad **UNICAJA BANCO S.A** en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de pertinente aplicación al caso, terminó suplicando se dicte sentencia conforme al suplico de su demanda, que aquí se tiene por reproducido.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada a fin de que en el plazo de veinte días comparecieran y contestaran a la misma. Personada la procuradora D^a. en nombre y representación de **UNICAJA BANCO SA** presentó escrito de contestación a la demanda, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, suplicó se desestime la demanda, allanándose parcialmente.

TERCERO.- Cumplido los plazos y trámites previstos en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio, que se celebró con el resultado que obra en autos, compareciendo la defensa y representación de ambas partes. Declarada pertinente se admitió la prueba propuesta por las partes que se tuvo por conveniente. Que habiéndose propuesto y admitido únicamente prueba documental, quedaron los autos sobre la mesa de Su Señoría para el dictado de la oportuna resolución.

En el acto de la Audiencia Previa se resolvieron las cuestiones procesales planteadas –cuantía-, fijándose esta como **indeterminada** en la forma y por los razonamientos jurídicos que se contienen en el acta videográfica, que se dan aquí por reproducidos; y se concretó el objeto de la reclamación.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos y comisión de apertura, insertas en el contrato de préstamo hipotecario formalizado entre las partes y ello, por ser una cláusula completamente abusiva de conformidad con lo previsto en los artículos 80.1 y sig del TRLGDCU, y el resto de la normativa alegada en la demanda, solicitando las condenas que son de ver en el suplico de la demanda.

La demandada, se allanó parcialmente en la contestación interesando "sentencia parcialmente estimatoria en los siguientes términos: - Estime el allanamiento de UNICAJA BANCO SA respecto de la nulidad pretendida de la cláusula de gastos, inserta en el contrato de préstamo hipotecario de 2005, así como la restitución de cantidades en concepto de notaria, registro, gestoría y tasación, más los intereses legales devengados desde su abono. Seguidamente, sostiene la validez y licitud de la cláusula comisión de apertura, obedece a la prestación de un servicio, habiendo sido informado el prestatario, por lo que no puede considerarse abusiva. Todo ello sin expresa condena en costas a esta.

SEGUNDO.- Siendo conforme el allanamiento parcial de la demandada a lo dispuesto en los artículos 19 y 21 de la LEC procede dictar sentencia declarando la nulidad de la cláusula gastos impugnada, estipulación quinta de las escritura de préstamo hipotecario de 7 de junio de 2005.

TECERO.- Interesa la actora la restitución del 100% de los gastos de registro, gestoría; así como, el 50% de los de notaria. La demandada opuso prescripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas por este concepto.

Esta cuestión, ya ha sido resuelta por nuestra Ilma. AP de León, Sección 1^a, entre otras muchas, en su sentencia 642/2022 de 20 de octubre, cuyos acertados razonamientos se comparten por este juzgador:

Dice la sentencia citada: "1.- Los argumentos que expone la parte recurrente son correctos en cuanto a la aplicación de un plazo prescriptivo a la acción de reclamación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. No obstante, a propósito de esta cuestión referente a la prescripción, el auto del Tribunal Supremo del 22 de julio de 2021, por el que se acuerda elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dice que:

«[...] este Tribunal ha distinguido entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de 15 años y en la actualidad es de 5 años. En efecto, en la sentencia de 27 de febrero de 1964 y en la más reciente sentencia 747/2010, de 30 de diciembre, hemos distinguido entre la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato, que hemos considerado imprescriptible, y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, a la que hemos aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales. En consecuencia, la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia».

2.- De lo anterior se desprende que la acción para exigir el reembolso de las sumas abonadas en aplicación de una cláusula nula, diferenciable de la propia acción de nulidad, está sujeta a un plazo de prescripción extintiva. La controversia se centra en determinar el día de inicio del plazo de la prescripción de la acción de restitución. Al respecto el auto mencionado expresa las opciones que pueden plantearse sobre el dies a quo, una vez descartado que el cómputo comience en el momento en que se efectuaron los pagos indebidos:

« Si, conforme a dichos pronunciamientos previos del TJUE, descartamos la solución consistente en que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva sea compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE , quedarían dos opciones:

» a) Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.

» b) Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción.

» Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia».

3.- Por lo tanto, cualquiera de los dos criterios de inicio del cómputo del plazo de prescripción expuestos que se aplique al caso enjuiciado conducen al mismo resultado desestimatorio, que implica

que a la fecha de la presentación de la demanda la acción no habría prescrito, tanto si se considera como fecha inicial la declaración de nulidad de la cláusula (con la sentencia que se ha dictado), como si se considera la fecha en la que se consolidaron los criterios jurisprudenciales sobre abusividad y distribución de gastos hipotecarios (sentencias nº. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019).

Descendiendo al caso de autos, es evidente que, la acción de restitución no se encontraría prescrita, ya se tome en consideración para el computo del plazo de los 5 años, la fecha de la sentencia en que se declare la nulidad, o desde las sentencias dictadas por el TS en fecha 23 de enero de 2019.

Tampoco se puede admitir la existencia de **un retraso desleal** en el ejercicio de la acción puesto que no se puede considerar que se haya creado en el prestamista una confianza en que no se va a ejercitar la acción, esto es, el periodo de inactividad de la parte actora no es suficiente para sustentar la convicción de la parte demandada en que no se va a formular la reclamación.

La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción y no se puede considerar que ejercita sus derechos con mala fe quien lo hace dentro del plazo legal y en el ejercicio de la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, es una acción de nulidad radical que no está sujeta a plazo prescriptivo alguno, por lo tanto, no se puede hablar de retraso desleal de la acción.

Finalmente, no se puede hablar de aplicación de la teoría de los actos propios respecto de la cual hay que tener en cuenta que el abono de las cantidades en base a las cláusulas que se consideran abusivas, en este caso la cláusula de gastos no puede equiparse ese pago a un conocimiento de la existencia de la cláusula, obedece únicamente a la voluntad de cumplir el contrato.

Por tanto, no puede haber actos propios en una cuestión que era desconocida por los clientes, como más adelante se indicará, y en escrituras firmadas sin la información necesaria al consumidor e impuestas al mismo, y no es hasta asesorarse, y en atención a la doctrina jurisprudencial dictada entre tanto, cuando el consumidor pudo tener conocimiento suficiente sobre la cuestión.

CUARTO.- Consecuencias económicas de la declaración de nulidad cláusula gastos.

Declarada nula la cláusula gastos al ser abusiva, -pretensión a la que se allana la demandada-, procede determinar a cuál de las partes corresponde el pago de los distintos conceptos. Para ello, hay que estar a lo dispuesto en la reciente jurisprudencia.

Así, la actora solicita el 100% de los gastos de registro, gestoría; así como, el 50 % de los gastos de notaría, conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia del TS.

La jurisprudencia ha cambiado en este sentido, y por ello, analizaremos los nuevos porcentajes conforme a lo dispuesto en la STS de fecha 12/5/2021 en la que expresamente se recoge lo siguiente: *3.- Como hemos declarado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, esta doctrina jurisprudencial de la Sala ha sido confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.*

4.- Las consecuencias prácticas de la citada jurisprudencia, en relación con los gastos controvertidos en el presente recurso de casación, son las siguientes:

(i) Respecto de los gastos de notaría, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) deben ser abonados por los interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

(ii) *En lo que se refiere a los gastos del Registro de la Propiedad, el Arancel de los Registradores de la Propiedad atribuye el gasto a quien a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, será a éste al que corresponda el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Mientras que como la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, a él le corresponde este gasto.*

(iii) *Respecto de los gastos de gestoría, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista.*

Por lo que respecta a los gastos de tasación, la STS de 27/1/2021 dispone lo siguiente: **7. Los denominados gastos de tasación son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos:**

«Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine 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 que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados. Así se desprende del art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente:

«Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».

El apartado 2 de este art. 7, encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».

Ni el RD 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 ahí que, de acuerdo 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.

Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e).”

Correspondiendo a los actores la carga de la prueba de las cantidades abonadas, y aportando con la demanda la documentación acreditativa de los gastos abonados en aplicación de la cláusula impugnadas, de conformidad con el anterior razonamiento, debe condenarse a la demandada a restituir las cantidades indebidamente abonadas por el demandante, correspondientes a la totalidad de los gastos de registro, gestoría; y 50% de notaria, cuya cuantía asciende a 532,32 €.

Las cantidades objeto de restitución, -tras la aclaración efectuado en el acto de la audiencia Previa, sin oposición de la demandada- devengaran desde la fecha de cada uno de los



pagos hasta la fecha de la sentencia, el interés legal del dinero y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo, artículos 1.108 del Código Civil y artículo 576.1 LEC, así lo establece la STS Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 725/2018 de 19 Dic. 2018, Rec. 2241/2018 ponente Pedro José Vela Torres en el Fundamento de Derecho Segundo en el apartado cuarto

QUINTO.- Sobre la nulidad de la Cláusula Comisión de Apertura.

En primer lugar, la doctrina reiterada del TS, de ociosa cita, ha señalado que las cláusulas de los préstamos hipotecarios, y demás contratos bancarios son condiciones generales, impuestas al consumidor, en la medida en que el no tiene más poder que aceptarlas, sin poder cambiar su contenido, más allá de las ofertas preestablecidas por el propio banco.

Cerrado este breve inciso, se solicita en la demanda se declare la nulidad de la cláusula cuarta, apartado relativo a la comisión de apertura, contenido en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, argumentando la abusividad de dicha estipulación.

Sobre la abusividad de la cláusula por la que se establece una comisión de apertura, siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sus sentencias números 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 28 de enero de 2019), venía afirmado, con carácter general, que la comisión de apertura, dado que formaba parte del precio del préstamo -de ahí que se incluya en el cálculo de la TAE- no era susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que consideraba superado o cumplido, con carácter general, al ser conocido por la mayoría de los consumidores que la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura, además del interés remuneratorio.

Ahora bien tal doctrina jurisprudencial fue superada por Sentencia de fecha 16 de julio de 2020 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), en los asuntos acumulados C 224/19 y C 259/19 , que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19).

Dicha sentencia, sobre las cuestiones prejudiciales séptima a décima en el asunto C 224/19, relativas al control del carácter abusivo y de la transparencia de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, ha establecido que:

“60. (...) el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se limita a enunciar que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

(...)

62. 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 (...).

63. 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 contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (...).



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

64. No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/18, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), 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) (...). 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.

(...)

66. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/18 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical

(...)

70. En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (...), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.”

Y así concluye indicando que:

“71. (...) el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/18 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto

de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.”

Pues bien, siguiendo la citada STJUE la primera cuestión a dirimir es si la comisión de apertura integra el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario objeto de autos, si puede reputarse un componente esencial del mismo.

A tal efecto, el TJUE, revocando los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 28 de enero de 2019 para considerar la comisión de apertura como una prestación esencial del contrato, refiere, que no puede presumirse que la comisión de apertura es una prestación esencial del contrato por el mero hecho de que forme parte del coste total del mismo.

El Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial tras la citada sentencia por **Auto de 10 de septiembre de 2021**, dando respuesta a la misma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en reciente **Sentencia de 16 de marzo de 2023**. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hace sino mantener lo ya expuesto con anterioridad, ratificando que la comisión de apertura no puede considerarse como parte del objeto principal del contrato, y considera contraria al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE “una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales

del precio". Añade en el punto 23 de la citada resolución "que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito, según los identifica la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de «objeto principal del contrato» todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio".

En esta situación, al tenor de la reciente sentencia del TJUE, este Tribunal mantiene el criterio seguido sobre que la comisión de apertura no es un componente del objeto principal del contrato, sino que se trata de un elemento de carácter accesorio, y es susceptible, por tanto, de control de abusividad. La importancia del control de transparencia y su extensión ha sido destacada por la STJUE de 16 de marzo de 2023 "30. (...)la exigencia de transparencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 no puede limitarse al carácter comprensible de esas cláusulas desde un punto de vista formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (...).

31. (...) el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

32. (...) la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor

debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen".

Así, no sólo es necesario que la cláusula que contiene la comisión de apertura esté redactada de forma clara y comprensible, sino que se tenga por el consumidor la posibilidad de evaluar las consecuencias económicas que tiene para él, los servicios efectivamente proporcionados y que no se solapa con otros gastos abonados.

Por último, la STJUE de 16 de marzo de 2023 da también respuesta a la tercera cuestión prejudicial planteada y afirma que la comisión de apertura no puede considerarse abusiva en todo caso, sino que se debe atender al caso concreto "59. “una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo”. Así es necesario analizar el caso concreto, al tipo de información que se ha facilitado, y a la carga económica que provoca al consumidor, comprobando si en efecto se debe a servicios que se han prestado y que es acorde en su importe a los mismos.

Así, procede esclarecer si la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura resulta abusiva por 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. En este sentido, en el análisis de la posible abusividad de dicha estipulación, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe examinarse si la entidad financiera ha acreditado que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, que no se ha producido el

solapamiento con otros gastos abonados y que el importe abonado está justificado por dichos servicios y no es desproporcionado. En cambio, no constando en autos la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos, debe procederse a decretar su nulidad.

SEXTO.- Pues bien, la entidad demandada no ha practicado prueba alguna que acredite que se ha suministrado alguna información a la parte actora, sobre los servicios que se han remunerado con el pago de la comisión de apertura, lo que impide conocer si eran servicios destinados a la tramitación singularizada del préstamo en cuestión, ni siquiera consta que el cliente haya tenido conocimiento del contenido y alcance la cláusula. **Tampoco consta negociación alguna entre la entidad y el actor; y mucho menos su aceptación.** No hay información detallada relativa a que servicios prestados por la entidad remunera la comisión de apertura, ni siquiera en el contenido de la cláusula impugnada, y ello impide comprobar al consumidor la carga económica que le supone y si se solapa o no con otros gastos ya satisfechos. Ello impide, además, valorar si el coste es desproporcionado y genera desequilibrio entre las partes.

En cualquier caso, el hecho de que la comisión esté fijada en un porcentaje sobre el capital, haciendo depender su importe del principal, apunta claramente a que está desvinculada de la prestación de un servicio concreto, con un coste cierto y determinado.

En el presente caso, por tanto, procede declarar la nulidad de la cláusula de comisión de apertura contenida en la citada escritura, siendo la consecuencia de la declaración de nulidad la devolución de las cantidades abonadas por tal concepto y que han sido reclamadas por la parte actora. Consta en la escritura de préstamo hipotecario suscrita que la comisión será de 1 % sobre el capital total del préstamo, cuyo importe asciende a 1.202,02 euros y se percibe por la entidad al formalizar la operación, por lo que procede condenar a la demandada a restituir dicha cantidad con el interés legal devengado desde la fecha de su abono (artículo 1303 Cciv)



Comisión de Apertura: 1.202,02€, TOTAL= 1.734,34 €, más los intereses legales desde su pago.

- 2) Todo ello con imposición de costas procesales a la entidad demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe la interposición de recurso de apelación; dicho recurso se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla y será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de León.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

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 dissociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de



SEPTIMO.- Costas.

La demandada se allanó sólo parcialmente en su contestación, siendo la sentencia sustancialmente estimatoria. Por ello y de conformidad con el criterio del vencimiento objetivo del artículo 394 LEC procede la imposición a la demanda de las costas procesales.

Además, este criterio es el más acorde con el principio de efectividad del derecho de la UE y evita un “efecto disuasorio inverso” por parte del consumidor/usuario, postura sostenida por el TJUE, Tribunal Supremo y Audiencia Provincial de León.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que **ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana María Pascua Aparicio, en nombre y representación de D^a.

contra **UNICAJA BANCO S.A.**, con los siguientes pronunciamientos:

- 1) Se declara la Nulidad de la Cláusula Financiera Quinta relativa a los GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO, así como la Nulidad de la Cláusula Financiera Cuarta relativa a la COMISIÓN DE APERTURA, y consecuentemente, se condena a la demandada a la Restitución, de las cantidades indebidamente pagadas por la actora, con el siguiente desglose: .-50% Factura de Notario: 496,58€/2= 248,29€ + Factura de Registro: 208,91€ + Gestoría: 75,12€ +



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.

