

Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Cádiz

C\ Los Balbos, s/n, 11009, Cádiz, Tlfno.: 856103006 856103021, Fax: 956013085, Correo electrónico: JInstancia.2.Cadiz.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G: [REDACTED]

Tipo y número de procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5)

Negociado: [REDACTED]

Materia: Condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física

De: [REDACTED]

Abogado/a: FRANCISCO JOSE RIVERIEGO DE LA VEGA

Procurador/a: EDUARDO FUNES FERNANDEZ

Contra: BANCO SANTANDER SA

Abogado/a:

Procurador/a: [REDACTED]

SENTENCIA N.º [REDACTED]

Juez: ANTONIO MANUEL GARCIA LOPEZ

En Cádiz, a trece de marzo de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La referida demandante formuló demanda de juicio ordinario, que por turno de especialidad correspondió a este Juzgado, contra BANCO SANTANDER SA que la parte actora suscribió una escritura de préstamo hipotecario con la entidad demandada pactándose en su articulado una cláusula en la que se fijaba una comisión de apertura, así como la posible abusividad de la clausula suelo y de la clausula de gastos . Tras alegar los fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, interesó en el suplico de la demanda que se dictara sentencia por la que :

1.- Declare la nulidad de las siguientes condiciones generales de la contratación:

Con fecha 20 DE ENERO DE 2009 SE FIRMO ESCRITURA DE PRESTAMO HIPOTECARIO

COMISIÓN DE APERTURA.

"CUARTA.- Comisiones.- 1. El préstamo devengará una comisión de apertura de 955,50€, a cobrar por una sola vez y que se liquidará simultáneamente a la formalización del préstamo, quedando el Banco autorizado para adeudarla en la cuenta de la parte prestataria".

2.- Condene a la entidad financiera demandada a **eliminar dichas condiciones general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario sin**



Código:	[REDACTED]	Fecha	13/03/2024
Firmado Por	[REDACTED]		
URL de verificación	[REDACTED]	Página	1/22

costes para mi patrocinado.

Condene a la entidad demandada a abonar las cantidades cobradas de mas por aplicación de la clausula tercera bis que estipula un interés mínimo que no puede ser inferior a un 3,00% nominal anual.

Igualmente solicita la nulidad de la clausula de gastos de notaria, registro, gestión y tasacion que asciende a la cantidad de 590,30€.

3.- Devolución de cantidades:

I. Sobre la comisión de apertura:

Condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como resultado de la aplicación de la cláusula de comisión de apertura, más el correspondiente interés legal, conforme a los dispuesto en el art. 1303 del Código Civil, desde cada pago, así como los recogidos en el art. 1307 Cc debiendo restituirse los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha y los del art. 576 desde la fecha de la sentencia. En particular mis mandantes por este conceptos ha abonado:

4.- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada, oponiéndose a la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura así como el reintegro de su importe , solicitando la no imposición de costas.

TERCERO: Convocadas las partes a la audiencia previa, ésta tuvo lugar el día 22 DE NOVIEMBRE de 2023 , tras la resolución y fijación de la cuantía del procedimiento como indeterminada, las partes fijaron como único hecho controvertido la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura , clausula suelo y gastos así como la reintegración de su importe, propuesta como única prueba la documental se dio por finalizada audiencia previa para el dictado de la presente resolución.

, En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Constituye un hecho admitido y acreditado documentalmente que las partes suscribieron **escritura** Con fecha 20 de enero de 2009

Vamos a resolver logicamente en primer lugar, las excepciones procesales



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	2/22

planteadas por la entidad demandada: Se alega la falta de conformidad con la cuantía del presente procedimiento, siendo que debe ser desestimado de plano, es cuestión pacífica que la misma debe ser indeterminada.

“Clausula cuarta COMISIÓN DE APERTURA.-

- El prestatario satisfará una comisión única de apertura de 955,50€

SEGUNDO : *La reciente STS DE 29 DE MAYO DE 2023 , aplicable al supuesto de autos indica:*

Normativa aplicable a la comisión de apertura

1.- En las normas de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias.

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (bajo cuyo régimen se celebró el contrato litigioso), en el apartado 4 de su anexo II, estableció lo siguiente:

«4. Comisiones.

«1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

«2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la "comisión de apertura", sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

«c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

2.- Este tratamiento diferenciado entre la comisión de apertura y las restantes comisiones bancarias se mantuvo en la redacción originaria de la *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. Su artículo 5 establecía lo siguiente sobre las obligaciones de transparencia en relación con las tarifas de comisiones y gastos:

«1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	3/22

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 ». (Énfasis añadido)

3.- En la actualidad, este régimen legal está contenido en la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 14* , relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, establece lo siguiente:

«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 de la 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».

Además de que en el nuevo régimen legal subsiste el tratamiento diferenciado de la comisión de apertura respecto de las demás comisiones aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, hay que destacar que esta



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	4/22

comisión de apertura responde a gastos «inherentes» a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, por lo que no incluye ningún otro tipo de gastos que no resulten inherentes a esa concesión.

SEXTO.- *Jurisprudencia previa nacional y comunitaria sobre la comisión de apertura (o conceptos afines denominados de otra forma en otros derechos nacionales)*

1.- Esta sala se pronunció sobre el control de abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios en la *sentencia del pleno 44/2019, de 23 de enero* . En esa sentencia, tomamos en consideración el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideramos que esta comisión (que retribuye las actividades de estudio, de concesión, o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Declaramos, igualmente, que 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.

2.- La mencionada *sentencia 44/2019* , partiendo de las anteriores premisas, concluyó que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de estas actuaciones (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo», por utilizar los términos de la normativa bancaria sobre transparencia antes transcrita. Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.

3.- En cuanto a la transparencia de la comisión de apertura (esto es, que la cláusula en que se establece sea clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE), la mencionada *sentencia de pleno* afirmó que la normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

Pero en ningún extremo de la *sentencia* afirmamos que la cláusula que establece la comisión de apertura superaba «automáticamente» el control de



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	5/22

transparencia. Por el contrario, lo que declaró la mencionada *sentencia 44/2019, de 23 de enero*, es que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia» (así se encabezaba significativamente el fundamento jurídico tercero, en que se resolvía sobre la abusividad de la cláusula) y que «el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia».

4.- A su vez, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la comisión de apertura, respecto de un contrato de préstamo con consumidores celebrado en España, en relación con la *Directiva 93/13/CEE*, en la *sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19*, en cuya parte dispositiva declaró:

«2) El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la *Directiva 93/13* deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado.

»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».

5.- En relación con una comisión similar, la *STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss)*, estableció lo siguiente:

«38 En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal preveía gastos de gestión a un tipo anual del 2,4 % durante un período de 240 meses, gastos que se calculaban, durante el primer período anual, sobre la totalidad del préstamo y, durante los períodos siguientes, sobre el importe adeudado el primer día del período anual considerado. Además, en virtud del contrato, el demandante se obligaba a pagar 40 000 HUF en concepto de comisión de desembolso .



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	6/22

»39 Por lo tanto, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas.

[...]

»45 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los *artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13* deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes».

6.- Asimismo, esta *sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17)* destacó en su apartado 54 que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los *artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13*, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

En su apartado 55, afirmó que «[a] menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional».

Y en el *apartado 56 concluyó que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13* debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

7.- Este criterio fue reiterado por la *sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19* (



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	7/22

Profi Credit Polska S), al precisar en su apartado 75:

«Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (*sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17* , *EU:C:2019:820* , apartado 43)».

SÉPTIMO.- La STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21)

1.- En primer lugar, la sentencia descarta que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato, al mantener un concepto estricto de elemento esencial en el contrato de préstamo, desde el punto de vista del prestatario, y considerar únicamente como tal el interés remuneratorio. Por lo que en este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del *art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE* , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.

2.- A continuación, la STJUE especifica cuáles son los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud:

(i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

(ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

(iii) Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito

(iv) Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

3.- A fin de constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	8/22

instrumentos de comprobación:

(i) A los efectos de que el prestatario pueda ser consciente de la carga económica de la comisión de apertura, el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32).

(ii) En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). Más específicamente, el apartado 35 precisa:

«[i]ncumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la *sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13*, *EU:C:2015:127*, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato».

(iii) De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida.

(iv) También ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46).

4.- A su vez, a efectos de examinar la posible abusividad de la condición general, el TJUE considera:

(i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse que el prestamista tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (apartado 50).

(ii) Respecto del desequilibrio importante, que no cabe afirmar que una cláusula que establezca una comisión de apertura en un préstamo o crédito hipotecario no respete en todo caso el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, sino que habrá que valorar que el coste no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo o que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	9/22

conceptos cobrados al consumidor (apartados 51, 58 y 59).

5.- Es decir, en cuanto al control de contenido el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

OCTAVO.- Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE. Aplicación al caso

1.- Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

2.- Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es comprobar si la sentencia recurrida aplica estos criterios establecidos en la sentencia del TJUE para realizar el control de abusividad de la cláusula en la que se recoge la comisión de apertura. Lo que analizaremos a continuación.

3.- Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.

Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general,



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	10/22

inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida *sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023* , al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». Lo que reitera el apartado 59:

«[u]na 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» (Énfasis añadido).

5.- En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre dicha base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE.

6.- No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.

En concreto, el resto de las comisiones vienen definidas y reguladas aparte, en los siguientes términos:

«c) Comisión de gestión de reclamación de impagados de dieciocho euros y tres céntimos de euro (18.03 €) por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	11/22

primera reclamación por escrito solicitando su regularización, sin perjuicio del derecho de "La Caixa" a modificar el importe de la misma, siempre que la referida modificación haya sido debidamente comunicada al Banco de España, publicada en las tarifas de comisiones de "La Caixa" y oportunamente comunicada al cliente con antelación razonable a su aplicación».

«d) Comisión de compromiso sobre la parte del crédito no dispuesta, que se devengará día a día, se liquidará el último día de cada período y se hará efectiva por vencido el primer día del período de pago siguiente: cero por ciento (0%)».

«e) Comisión por amortización anticipada: La parte acreditada podrá realizar amortizaciones anticipadas siempre que se encuentre al corriente en el pago de lo debido con arreglo a esta escritura y que su importe sea superior al cinco por ciento del límite del crédito. Se aplicará una comisión de cincuenta centésimas de entero por ciento (0,50%) sobre el importe de dicha amortización, que se liquidará y satisfará por la parte acreditada en el momento de su efectiva realización».

7.- Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 955,50€ establecida en el presente supuesto; sea desproporcionada, . Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.

8.- De todo lo cual, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva.

En su virtud, este segundo motivo de casación debe ser estimado, puesto que la Audiencia Provincial limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE.

En el supuesto de autos la comisión fija el importe por una sola vez y de manera clara y comprensible (Ley 2/2009) y cumple los parámetros de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, cumpliendo los requisitos de transparencia formal, así mismo en palabras del Alto Tribunal la 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», consta informe pericial bancario del que se desprende la actividad desarrollada , sin que la comisión pactada , con arreglo a



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	12/22

los criterios fijados en la STS DE 29 DE MAYO DE 2023, inferior al 1 % sea desproporcionada

La demanda no puede prosperar

Entramos ahora en la segunda cuestión controvertida relativa a la validez o no de la cláusula suelo:

Entrando en el fondo de la cuestión, ante la ausencia de cuestiones procesales a resolver, y comenzando por la **cláusula de limitación mínima de interés**, como han admitido ambas partes al fijar los hechos controvertidos en la audiencia previa, es aplicable al caso la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo desde su sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, auto aclaratorio de fecha 3 de junio de 2013, ratificada por otras posteriores, como la de 8 de septiembre de 2014. Igualmente la parte demandada admite la aplicación de dichas sentencias, siendo interpretaciones divergentes las posiciones de las partes sobre si en el caso concreto de autos se cumplen o no los requisitos que exige el TS para que estas cláusulas limitativas de intereses sean válidas.

Necesariamente, por tanto, debe partirse de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y su auto de aclaración de 3 de junio del mismo año, citados por ambas partes, que fijan una serie de precisiones sobre la posibilidad de que las denominadas “cláusulas suelo” puedan ser declaradas nulas por infringir la normativa sobre consumidores y usuarios, criterios mantenidos por otras posteriores como la de fecha 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo y 29 de abril de 2015.

A modo de resumen, cabría señalar que el Tribunal Supremo no ha declarado nulas las cláusulas como la que nos ocupa por el mero hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan, sino que señala que ello sólo será posible en los casos en los que tales cláusulas **no superen un doble test de transparencia**:

a) el primero, referido a si la cláusula es clara en sí misma, y a cómo se incorporó al contrato, y ello conforme lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Esto es, es exigible una redacción transparente, clara, concreta y sencilla, refiriendo al respecto el art. 80.1 TRLCU “a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

b) y el segundo, relativo al grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación.

Conforme a la jurisprudencia del TS ya citada y otras posteriores, como la de de 7 de noviembre de 2017, 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714) y SSTJUE de 30 de abril



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	13/22

de 2014 (TJCE 2014, 105) (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) (caso Gutiérrez Naranjo) y 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017, 171) (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), “el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga “antes de la celebración del contrato” de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.”

Igualmente declaran estas sentencias que, respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, “se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante, la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita el consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.....

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.”

Expuesto lo anterior, no puede valorarse que en el presente caso la cláusula litigiosa pueda salvar el test de transparencia en los términos que recoge el Tribunal Supremo, sin que se haya negado la condición de consumidor de la parte actora y sin que tenga trascendencia alguna que se tratara de un préstamo nuevo de adquisición de vivienda o modificación o novación de otro préstamo anterior, dado que se nova y modifican sus condiciones esenciales, como tipo referencial y limitación al interés. De hecho, el TS también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de efectuar un doble control de transparencia en



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	14/22

estos contratos de novación. Puede valorarse que el contenido de la escritura de novación en la se incluye el límite mínimo, escritura de fecha 5 de noviembre de 2009, es relativamente sencillo. Tras describir a los intervinientes y los antecedentes, consta en el apartado de novación de diversas estipulaciones, la segunda referida a las modificaciones de intereses. En cuanto a la cláusula de límite mínimo que se incluye en el párrafo 4º de la estipulación segunda, pese a que la redacción es clara, sí está inserta entre numerosas condiciones de la modificación del préstamo, y a lo más su claridad y su ubicación serviría para justificar un control formal o de incorporación de dicho pacto en el contrato de novación de préstamo, pero no es suficiente para salvar el control de transparencia en su aspecto material y en los términos que recoge el Tribunal Supremo.

La Sala Primera en sentencias como la de 24 de noviembre de 2017, o las de 26 de junio de 2018, 20 de diciembre de 2018 y 11 de enero de 2019 se pronuncia sobre la validez de estas cláusulas de escrituras de novación con escasos pactos, de hecho en todos los casos analizados por estas sentencias, las Audiencias Provinciales declaraban válida la limitación mínima en base al siguiente razonamiento que se recoge en los antecedentes de la sentencia del TS de 11 de enero de 2019 “... las escrituras tienen objetivos muy limitados, ampliar en 20.000 € el préstamo y fijar un nuevo tipo mínimo. Resulta inverosímil que a los prestatarios, a partir de la firma de esta segunda escritura, se les pasara por alto la existencia de un tipo mínimo, siendo éste uno de las dos razones de firmar una nueva escritura. Teniendo en cuenta que el Notario hace constar que leyó la escritura y que ésta sólo tenía esos dos objetivos a que ha hecho referencia, en el caso de autos debe entenderse superado el control de incorporación de la cláusula suelo actualmente vigente” Estima el TS en los recursos citados, que las sentencias recurridas, al hacer estas valoraciones, se apartan de la jurisprudencia pues, como expresamente reconoce la entidad bancaria, en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la formalización de los referidos contratos, suministró a los clientes un plus de información previa y tratamiento principal de la cláusula suelo que les permitiera adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la cláusula. Y es precisamente lo que ocurre en el presente caso.

Tampoco ha resultado demostrado que se practicaran simulaciones de escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés, ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el período al que pudiera contratarse la cobertura. La información que hubiera hecho comprender al demandante el real sentido del contrato es aquella que les permitiera entender fácilmente que en realidad estaba pactando un préstamo a interés fijo variable sólo al alza, y esa información no consta que se haya ofrecido aquí.

Si con anterioridad a la firma de la escritura pública no consta que se informara de manera clara y transparente sobre la trascendencia económica de la cláusula suelo, esa ausencia de información tampoco puede considerarse subsanada en el momento de la firma, incluyéndose la cláusula entre el resto de condicionado económico de la escritura.

En este sentido debe recordarse que la STS de 9 de mayo de 2013 declara que la clausula “no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	15/22

aisladamente sería claro". Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un crédito con interés variable, con el tipo de referencia Euribor, pero añadiendo un párrafo incluyendo un límite mínimo del 2,75% por ciento anual que no contenía el préstamo inicial en la escritura de 2005.

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniera en la escritura el Sr. Notario y procediera a la lectura de la escritura pública o que recogiera que había tenido a la vista una oferta vinculante, si esta no consta entregada y firmada por la actora, además aún cuando se diera lectura a esa cláusula de novación modificativa, ello es insuficiente para atender el control de transparencia en los parámetros antes expuestos, pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que el prestatario llegasen a alcanzar la comprensión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué suponía esa cláusula durante los años de duración pactada.

Finalmente, concurre el criterio señalado por el TS en su Auto de 3 de junio como suficiente para concluir que la cláusula es abusiva. Señala el Alto Tribunal en esta resolución, que "la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito". Y esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, pues, si tenemos en cuenta la evolución del índice referencial pactado, el Euribor, puede comprobarse que en el momento de firmarse la escritura de préstamo hipotecario el euribor ya estaba muy por debajo del 3,00% fijado como límite. De modo que, aunque el demandante suscribe un contrato de préstamo a interés variable no ha podido beneficiarse de las bajadas del Euribor, operando el contrato en cuestión desde que se inician las bajadas de tipo Euribor hasta el momento en que deja de aplicarse por la entidad como un préstamo a interés fijo del 3,00%.

Por todos los motivos expuestos, he de concluir que la cláusula litigiosa es nula por falta de la necesaria claridad y transparencia.

En cuanto a las **consecuencias de la nulidad** declarada, ninguna de las partes se plantea la subsistencia del contrato de préstamo sin la cláusula declarada nula, y en cuanto a la petición de condena interesada además de la acción declarativa de nulidad, la parte actora en su demanda solicita la restitución de las sumas percibidas en exceso por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula nula. En cuanto a los efectos de la nulidad, debe aplicarse la sentencia del Tribunal Europeo, dictada en fecha 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/2015 Y C-308/15, la cual ha declarado contraria al Derecho de la Unión la doctrina que establece el Tribunal Supremo en materia de retroactividad de los efectos de nulidad de la cláusula declarada abusiva.

En consecuencia y aplicando esta doctrina, se estima que deja de ser vinculante la doctrina anterior del TS, modificada por la doctrina del Pleno de 24 de febrero de 2017, debiendo declararse los efectos de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés desde su suscripción, y condenarse a la entidad demandada a restituir las sumas percibidas en exceso en aplicación de dicha cláusula desde la firma del contrato de préstamo. Al estar la



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	16/22

cláusula aplicándose en la actualidad, tales cantidades deberán ser definitivamente fijadas en ejecución de sentencia y devengarán, de conformidad con el art. 1.303 del Código Civil, los intereses legales desde la fecha de cada cobro periódico.

TERCERO.- En cuanto a la nulidad de la **CLAUSULA QUINTA de gastos** de la escritura de préstamo hipotecario suscrito por las partes , cabe señalar lo siguiente:

En cuanto a la petición de nulidad de la referida **cláusula de gastos**, ya el TS en su sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015, aplicando el art. 89.3 TRLGCU declaraba nula una cláusula de gastos en la que se pactaba la imposición de todos los gastos de constitución del préstamo al consumidor por su generalidad y porque no permitía una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos, si bien, como ya había interpretado este juzgado y muchas audiencias provinciales, dicha sentencia no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

Por lo tanto, la cláusula de gastos de la escritura sería nula por abusiva y por su generalidad al atribuir de forma genérica e indiscriminada al consumidor todos los gastos de un contrato suscrito por dos partes. Se trata de una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor causa un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato, y ello porque de modo genérico e indiscriminado, atribuye al prestatario todos los gastos derivados del contrato, sin limitación alguna, y por ello sin considerar los distintos gastos concretos, sin atender a lo establecido por la normativa sectorial concreta sobre la parte que debe soportarlos, sin atender a la reciprocidad de intereses propia de los contratos onerosos, ni a la parte que por ser especialmente favorecida por el gasto tiene interés en el mismo, atribuyendo al prestatario todos los gastos.

En cuanto a las **consecuencias de la nulidad**, conforme declara la sentencia del Tribunal Supremo nº 44/2019, de 23 de enero, no opera lo dispuesto por el art. 1.303 del Código Civil como efecto jurídico directo de la nulidad de un contrato en orden a la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, pues el banco demandado no ha recibido de forma directa cantidad alguna por los referidos gastos, por lo cual con base al citado precepto no es posible su condena a la restitución de tales gastos. También en la sentencia de Pleno nº 47/2019, de 23 de enero, se ofrece respuesta a dicha cuestión, y lo ratifica la sentencia nº 546/2019 de 16 de octubre, también del TS, y dispone que decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	17/22

nuestro ordenamiento jurídico. "El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. "No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Esta doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 y su vez por la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 24 de julio de 2020. La citada sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, fija la siguiente doctrina sobre la cuestión objeto de la presente litis, coincidente con la jurisprudencia de la Sala Primera: «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes» (apartado 54) y añade en el mismo apartado: «Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar». Concluye la referida sentencia del TJUE que «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» (apartado 55). 4.- Es por ello que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados."

.- En cuanto a los gastos de Notaria , Registrales, de tasacion y de gestión a los que se refiere la referida CLAUSULA QUINTA, conforme a la doctrina ya expuesta tanto del TS como del TJUE, declarada nula la cláusula, debe analizarse a quien le corresponde el gasto según la normativa aplicable.

En cuanto a los **aranceles registrales**, al respecto declaran las STS 44,46,47,48,49/2019 de 23 de enero y ratifica la sentencia de 24 de julio de 2020, lo siguiente:1.- *En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.o, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho,*



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	18/22

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». Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c). A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. 2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. 3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.” Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la obligación de satisfacer estos gastos correspondía al banco prestamista, por lo que procede condenar a la entidad a reponer a los prestatarios demandantes el importe total de lo pagado en tal concepto.

En cuanto a los **gastos de la gestoría**, al ser servicios prestados por una empresa privada no existe normativa que los regule, correspondiendo su pago a quien contrata los servicios de la misma, debiendo presumirse que es la entidad financiera por ser la primera interesada en que se gestione tanto la liquidación del correspondiente impuesto y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo señalarse que estamos ante un servicio privado que no es necesario, pudiendo el prestatario asumir personalmente tales tareas de gestión, que no implican gran complejidad como para requerir los servicios de un profesional, o contratar tales servicios con una gestoría de su elección, que puede cobrar honorarios menores, debiendo por lo dicho considerarse que estamos ante la imposición al consumidor de un servicio complementario o accesorio no solicitado por el mismo, y que como tal está contemplada por el art. 89-4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (RCL 2007, 2164) como cláusula abusiva. Pese a que por esta juzgadora se venía aplicando el criterio del TS de sus sentencias de 23 de enero y la más reciente de 16 de octubre de 2019, que estimaban que la gestión beneficiaba a ambas partes y que el gasto generado por este concepto debería ser sufragado por mitad, criterio este también mantenido por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, lo cierto es que la sentencia ya citada del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224 /19 y 259/19, ratifica el criterio de prohibición de integración, en caso de que no exista legislación nacional supletoria aplicable, gastos que de otro lado no han sido tratados en la STS 457/2020, de 24 de julio. Lo cual lleva a interpretar que a falta de legislación que regule los gastos de gestoría, declarada la nulidad de su imposición, es el banco el que debe asumir el coste. Lo cual lleva a interpretar que a falta de legislación que regule los gastos de gestoría, declarada la nulidad de su imposición, es el banco el que debe asumir el coste. Este criterio ha sido recientemente ratificado por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020, 555/2020, que declara que dado que antes de la Ley 5/2019 de 15 de marzo no existía ninguna previsión normativa sobre como debían abonarse los gastos de gestoría, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada abusiva.



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	19/22

Por lo que hace a los **gastos notariales**, la satisfacción del arancel por la obtención del préstamo, debe ser aplicado las normas arancelarias, y el Arancel Notarial dispone que la persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II "Normas generales de aplicación" del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios: "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."

La doctrina jurisprudencial estima que debe valorarse que, en aplicación del precepto anterior, si no se acredita quien interesa el servicio o quien es la parte interesada, debe reputarse que beneficia tanto al banco, como al cliente. Este criterio ha sido mantenido por la sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz en sentencias de fecha 9 de octubre, 16 de noviembre de 2018 y 31 de enero de 2019, así como por el Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 23 de enero de 2019, que ratifica de nuevo la citada sentencia de 16 de octubre de 2019 y de 24 de julio de 2020. Según esta última sentencia, dictada aplicando la doctrina del TJUE de la sentencia de 16 de julio de 2020 *"Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad"* En consecuencia, la parte actora tiene derecho a ser restituida en la mitad de la suma abonada,

Por último, respecto a los **gastos de tasación**, , en atención a lo declarado por la ya citada STJUE de 16 de julio de 2020, que ratifica el criterio de prohibición de integración, en caso de que no exista legislación nacional supletoria aplicable, gastos que de otro lado no han sido tratados en la STS 457/2020, de 24 de julio. Por lo tanto y aplicando el mismo argumento expuesto por el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2020 para los gastos de gestoría, debe concluirse que, no existiendo normativa que regule los gastos de tasación, antes de la Ley 5/2019 la nulidad de su imputación supone la atribución del gastos a la entidad predisponente de la cláusula, criterio este ratificado por el TS en su reciente sentencia de fecha 27 de enero de 2021. Por lo cual la parte actora tiene derecho a ser restituida en la totalidad de la factura abonada .

Por ende de acuerdo a lo dispuesto anteriormente, debe resarcirse a la parte actora en las siguientes cantidades, que en total ascienden a 590,30€ , mas los intereses desde la fecha de pago realizado por el actor.

CUARTO.- En cuanto a los **intereses**, debe aplicarse la doctrina de la sentencia del Pleno del TS de fecha 19 de diciembre de 2018 que declara que procede aplicar el interés legal devengado desde el pago de los gastos, conforme al principio de no vinculación de cláusulas abusivas declarado por la Directiva 93/13 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debiendo actuarse como si la cláusula nunca se hubiera incluido en el contrato. Declara que no procede aplicar los efectos restitutorios del art 1303 del CC, al ser distinta la situación por no ser pagos entre partes, pero sí lo asimila a la



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	20/22

situación del enriquecimiento injusto. Por lo cual las cantidades reconocidas devengarán el interés legal desde la fecha en que se hizo cada pago.

SEGUNDO :En cuanto a las costas judiciales, habiendo sido estimada sustancialmente la demanda procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, que sea impuesta a la entidad demandada

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por D/ña. [REDACTED] contra BANCO SANTANDER SA en relación con la escritura de préstamo hipotecario Con fecha 20 DE ENERO DE 2009

1.- Que debo no declarar nula la clausula cuarta(comisión de apertura) de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes

2.- Que debo declarar nulo de pleno derecho la clausula tercera bis CLAUSULA SUELO de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes , que estipula un interés mínimo de un 3,00%

- Se condena a la parte demandada a :

a.- Recalcular los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios desde su constitución como si nunca hubieran estado incluidas las cláusulas declaradas nulas, rigiendo dichos cuadros en lo sucesivo hasta el fin del préstamo, con la aplicación del tipo de interés de referencia sin la clausula declarada nula

b.- .Reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la clausula nula, desde la fecha de constitución de los préstamos hipotecarios, así como los intereses legales correspondientes a las mismas, determinándose en ejecución de sentencia.

3.- Que debo declarar nula de pleno derecho la clausula quinta de gastos de la escritura de préstamo hipotecario debiendo abonar la entidad demandada la cantidad ascendente a 590,30€, mas los intereses legales desde la fecha de pago realizada por los actores.

En cuanto a las costas judiciales, habiendo sido estimada sustancialmente la demanda procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, que sean impuestas a la entidad demandada

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso



Código:	[REDACTED]	Fecha	13/03/2024
Firmado Por	[REDACTED]		
URL de verificación	[REDACTED]	Página	21/22



de APELACION ante la Audiencia Provincial de Cádiz en el plazo de veinte días desde su notificación en forma.

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

PUBLICACION: la presente resolución ha sido leída y publicada el día de su fecha por la Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública, doy fe, en Cádiz.



Código:		Fecha	13/03/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	22/22

