

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 LOGROÑO

SENTENCIA: 00288/2019

MARQUES DE MURRIETA 45-47
Teléfono: 941296542/43/44, Fax: 941296545
Correo electrónico:

Equipo/usuario: CMA
Modelo: N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2017 0008357

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001864 /2017 c

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAIXA ONTINYENT

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA 288/19

En Logroño, a 24 de mayo de 2019

Don Rafael Yangüela Criado, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N^o 6 y de lo Mercantil de Logroño, ha conocido del procedimiento de juicio ordinario n^o 1864/2017, en el que han sido partes como actores representados por la procuradora MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE y asistidos del letrado GISELA BERNALDEZ BRETON frente a CAIXA ONTINYENT representado por el procurador y asistido de la letrada *sobre el ejercicio de acciones de relativa a las condiciones generales de contratación.*

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La actora a través de la representación que tiene acreditada en autos, presentaron demanda de nulidad de cláusulas bancarias frente a la demandada, en



la que tras alegar los argumentos de hecho y de derecho que estimó de pertinente aplicación, solicitaba fue dictada sentencia por la que se anulara la cláusula suelo y se devolvieran las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la misma así como las sumas abonadas por los gastos.

SEGUNDO. - Por medio de Decreto se admitió a trámite la demanda, y se dio traslado de la misma a la demandada, quien contestó en plazo a la misma, oponiéndose a la reclamación realizada.

TERCERO. - Siendo la única prueba a admitir la documental y la cuestión meramente jurídica, queda el juicio visto para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la Litis

Por los actores se ejercita una acción de nulidad de cláusula bancaria por abusiva, en referencia por un lado al suelo y por otro a los gastos, comisiones conforme a la escritura de fecha 12 de marzo de 2007 firmada entre las partes, al estimar que la misma, como condición general de la contratación, vulnera por un lado la Ley 7/1998 de CGC, y por otro adolece de la necesaria reciprocidad según dispone el *art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios - LGCU) y, en concreto, por estimar que la cláusula denunciada no fue negociada individualmente por la parte actora y es abusiva pues causa desequilibrios importantes en los derechos y obligaciones de ambas partes con perjuicio para el consumidor.

La parte demandada por un lado que las cláusulas son válidas, que no está acreditado el abono de los gastos por la actora, así como que la cláusula es válida y fue negociada expresamente y lo mismo en referencia al resto de cláusulas.



Excepciones procesales. Se alega por la demandada que la cuantía es determinada, pero obviamente atacada más de una cláusula e invocada la aplicación del suelo durante toda la vida del contrato, la cuantía es claramente indeterminada.

La primera excepción invocada es la falta de legitimación pasiva, por ser la escritura en la que están los gastos insertos firmada con un tercero y no con el banco.

Yerra la demandada. **Dice la STS de 24 de noviembre de 2017**” *Sobre este particular, uno de los argumentos por los que la sentencia recurrida revoca la sentencia del Juzgado Mercantil y desestima la demanda es que el prestatario pudo pedir al vendedor las condiciones del préstamo hipotecario a la construcción y haberlas examinado antes de optar por la subrogación del mismo.*

En primer lugar, debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.

9.- *La Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda*



eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información.

La sentencia del Juzgado Mercantil declaró (y la Audiencia Provincial no ha modificado esa conclusión) que el banco no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés, hasta el punto de que en la primera de las escrituras, estando pactado que el tipo de interés durante el primer periodo sería del 4,015% anual, se establecía un suelo del 4%, por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar al alza.

10.- Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia:

«44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información».

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , caso Gutiérrez Naranjo; y 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc.



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.

Se desestima por tal motivo la excepción de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario invocada.

SEGUNDO .- SUELO.- Sobre control de incorporación y control de transparencia de la cláusula suelo del contrato de préstamo suscrito por las partes

Al estar en presencia de una condición general, extremo que a estas alturas ya nadie pone en duda, un primer control a realizar es el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 L 7/98.

Una forma de superar este control es según el f. 202 de la STS de 9 de mayo el cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 ("(...) garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor").

En este caso obviamente se cumple con el control de incorporación, pues el tipo de interés está debidamente resaltado en la escritura al estar resaltado en negrita y mayúsculas en la escritura.

En segundo lugar, es necesario llevar a cabo un segundo *análisis o control de transparencia* a fin de constatar que "(...) *la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener*



un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (f. 211). Es decir, "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos" (f. 256) sin que sea "(...) preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo - máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-" (f. 257). En fin, es un "control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato" (f. 215b).

El propio Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: *"las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo"*. Podemos concluir, por tanto, que a través de dicho control es preciso alcanzar el convencimiento que el consumidor comprende que contrata un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. En tal caso, la cláusula suelo sería lícita.

En concreto, la circunstancias expuestas en el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013 son las siguientes:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.



c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En el caso que nos ocupa, ciertamente parece que la cláusula es muy sencilla en su expresión, estando resaltada y puesta inmediatamente tras la fijación del tipo de interés de referencia. Sin embargo, esta circunstancia, si bien es un indicio o dato que ayuda a apreciar que el consumidor tiene una comprensión de lo que está contratando, resulta insuficiente en sí mismo si no va acompañado de otros datos o indicios como los señalados por el TS o cualesquiera otros que aporte la parte. Por el simple formulismo o redacción de la cláusula y que le pudiera llegar a permitir superar el control de incorporación (algo que no sucede en este supuesto como hemos tenido ocasión de señalar), no se puede deducir sin más el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

En un préstamo a devolver a largo plazo es necesario que la entidad financiera acredite que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar. Como dice el f. 218 *"La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas"*.

Resulta que examinada la cláusula, no se observa que se le esté dando la importancia que tiene a efectos de su comprensión por el consumidor.



Es de aplicación el f. 224 *"Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza "*.

Resulta que no hay constancia suficiente en el presente caso que la entidad demandada hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula . Es de aplicación el f. 221 *"Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula , al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato"*.

Resulta asimismo que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones, ofreciendo al consumidor los posibles escenarios de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato, de tal manera que llegara a comprender que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que la demandada incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo.

Finalmente referir que en cuanto a la lectura por el notario, referir que el hecho de que el notario hubiera cumplido con las obligaciones que le impone la Orden de 5 de mayo de 1994 garantiza que se ha dado un adecuado control de inclusión de la cláusula, pero no supone que se haya verificado un control de transparencia en los



términos legamente exigibles por la normativa de consumidores, por lo que no podemos dar la significación que se quiere a la contestación a la demanda, con invocación de los mismos argumentos dados en la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja sobre tal extremo,

Por otra parte, como se ha expuesto, el *Tribunal Supremo en la indicada sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo*, teniendo en consideración que se trata de contratos de préstamos hipotecarios a interés variable, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo atiende al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. En el caso de autos concurren las mismas circunstancias relevantes tomadas en consideración por el Alto Tribunal para declarar la abusividad de la cláusula en la medida en que la escritura está firmada en el año 2007 y se aplica desde el 2009, lo que nos sitúa en el corto plazo que el Alto Tribunal entiende que es previsible para el entidad prestamista (apartado 264); La cláusula es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor porque no se determina un reparto real del riesgo de variación del tipo de interés, pues la fijación del tipo de interés mínimo 3,5 % lleva un correlativo máximo de muy difícil aplicación, por lo que el cliente pagará si los intereses suben y no se beneficiará de la variación a la baja.

En definitiva, se estima que la cláusula contractual en la que se establece el suelo del 3,5% no supera el control de transparencia exigido, motivo por el que procede declarar su nulidad.

TERCERO.- DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES

Por aplicación de la doctrina emanada del TJUE, procede la devolución de todas las cantidades entregadas de más por aplicación de dicha cláusula desde la firma de la escritura hasta la actualidad.



CUARTO.- ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

La Audiencia Provincial de la Rioja ha resuelto en fecha 31 de octubre de 2017 la cuestión, y obviamente el criterio debe asumirse por este Juzgado. Dice la citada resolución que *“Nos encontramos ante una estipulación que con singular generalidad, en su conjunto impone al prestatario y consumidor el abono de “todos los gastos” que puedan derivarse del contrato, en cualquier tiempo (no excluye los gastos futuros) y de forma genérica y omnicomprendiva. Desde esta perspectiva, presenta los caracteres propios de las cláusulas abusivas: se trata de una estipulación no negociada individualmente, es decir, predispuesta por el empresario que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona, en contra de la exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en la medida en que impone al consumidor prestatario todos los gastos sin excepción, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, todo lo cual veda cualquier posibilidad de equilibrio.*

No se trata por lo tanto de no sea gramaticalmente inteligible su tenor (control de incorporación) sino que su redacción genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

La imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción , necesarios para la constitución de la garantía, no asegura una mínima reciprocidad al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, y por ello es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación. Desde esta consideración, entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada,



apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU) por lo que debe ser declarada nula.”

Con aplicación de dicha jurisprudencia al presente caso, la cláusula debe reputarse nula, pues desplazar todos los gastos al prestatario es claramente abusivo.

QUINTO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA

Conforme a las Sentencias dictadas por el TRIBUNAL SUPREMO Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: COMISIÓN DE APERTURA, IAJD, ARANCELES DE NOTARIO Y REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha dictado varias sentencias fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado. la sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre. 1- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde. 2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

A- Arancel notarial. La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y 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.



B- Arancel registral. La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

C- Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

D- Gastos de gestoría. También se impone el pago por mitad de los mismos.

SEXTO.- EFECTOS. Así pues, resultando nula la cláusula en cuestión en referencia a los conceptos mencionados en los fundamentos anteriores, han de abordarse las consecuencias de ello derivadas.

Estas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa de ello derivada al consumidor, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora por los conceptos anteriormente referidos, que ascienden según la documental aportada, en la suma total de 694,88 euros, debiendo abonarse los intereses de la suma objeto de condena desde su abono, conforme al art. 1303, 1.101 y 1108 del CC, hasta la fecha de la presente resolución, y los del art. 576 desde la fecha de la presente resolución y hasta la de su efectivo abono.



SEPTIMO.- COMISIONES

Reclamación de impagados La SAP LA RIOJA 31 de octubre de 2017 dice en referencia a la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras cuya nulidad se invoca en la presente demanda que *“Así, por referirnos a las comisiones por impago (12,20 euros cada cuota impagada) también se han de tener por abusivas en la medida en que cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado que es el que se remunera según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio . Se ha de tener por tanto presente la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión, bilateralidad que aquí tampoco existe.*

En cualquier caso debe llamarse la atención acerca de lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas " las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones ". De igual modo, el art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan " el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente " o " la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados ".

Pues bien, en el presente caso, se reclaman comisiones por impago de cuotas no justificándose el coste real a que hayan dado lugar dichos impagos por lo que el establecimiento de la comisión supone por un lado, la imposición de una sanción al consumidor que no cumple su obligación además del interés moratorio impuesto y por otro, la reclamación de cantidades por servicios que no constan prestados o por daños que no constan efectivamente causados, por lo que debe darse lugar a su declaración de abusividad.”

Aplicando tal doctrina jurisprudencial al presente caso, es procedente anular la cláusula cuarta del contrato, en referencia al establecimiento de la comisión de 20 euros.



Dice la STS de 23 de enero de 2019 que *“la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales”*.

2. *“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”*.

3. *“como tales partes principales del precio del préstamo, 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. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo(...) Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria”*.

4. *“La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura (...). La Ley 2/2009, de 31 de marzo (...) contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990”. I la Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014 també s'hi refereix.*

5. *“La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su*



preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura".

6. "La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

7. "el hecho de que esas actuaciones iniciales sean "inherentes" a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU".

8.- habiendo configurado la normativa esta comisión como la que se cobra por las actuaciones "inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito"(...)sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones "inherentes al negocio bancario" que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo".

9. "la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio". Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y



del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio. (...)

Por tanto, el principio de "realidad del servicio remunerado" no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo".

10. "no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo".

11. "No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto".

12."Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es "proporcionado" al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática. Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo". En consecuencia, "la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido".

13. "La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (...)sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra



de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE"(...)"Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo".

Es por ello que no puede acordarse la nulidad de dicha cláusula.

OCTAVO.- COSTAS .-Estimada parcialmente la demanda, **NO** procede la imposición de las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Estimando parcialmente la demanda formulada en representación de
frente a CAIXA ONTINYENT declaro:

1º.- **DECLARAR la nulidad**, por tener el carácter de **abusiva** de la Cláusula que en las escrituras firmadas por los actores y la demandada que establece un suelo del 3,5%

2º.- **CONDENAR** a la mercantil demandada a **recalcular** de forma efectiva el **cuadro de amortización** del préstamo hipotecario.

3º- Se condena a la demandada a restituir a los actores la suma de las cantidades que este hubiera pagado por aplicación de la citada cláusula de limitación a la baja del tipo de interés de referencia incrementada con el interés legal desde la fecha de cada cobro.



4º la nulidad de la cláusula de gastos, comisiones, del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en los términos expresados en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

2º Se condena a la demandada a reintegrar al demandante la cantidad de 694,88 EUROS satisfechas por los actores en aplicación de las cláusula anulada, de conformidad con los fundamentos de esta sentencia, más el interés de dicha cantidad en la forma establecida en la presente resolución.

Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de apelación que se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (*artículo 458.2 LEC*), para su resolución por la AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

