



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4

Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357137
Fax.: 942357143
Modelo: AP007

Proc.: **APELACIONES JUICIOS ORDINARIOS**

Nº: **0000142/2022**
NIG: 3907542120210005554
Resolución: Sentencia 000834/2022

Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) 0000082/2021 - 00
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	BANCO SANTANDER SA	
Apelado		MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Apelado		MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE
Apelado	ASOCIACION CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA	MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

SENTENCIA nº 000834/2022

Presidente

D. Joaquín Tafur López de Lemus (Ponente)

Magistrados

D. Bruno Arias Berrioategortua

D^a. María del Mar Hernández Rodríguez

En Santander, a 07 de noviembre del 2022.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5), Rollo de Sala nº 0000142/2022, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador Sr/a.

, y defendido por el Letrado Sr/a. ; y parte apelada y ASOCIACION CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA, representados por el Procurador Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE, y asistidos del Letrado Sr/a. GISELA BERNALDEZ BRETON.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Tafur López de Lemus.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 23 de diciembre del 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 11/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/IndeX.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

“ Que, con sustancial estimación de la demanda interpuesta por la procuradora Dña. M^a Jesús Mendiola Olarte, a instancia de

, frente a **Banco Santander,**

S.A., debo acordar y acuerdo los siguientes pronunciamientos:

1/ DECLARO la nulidad del pacto Tercero B, apartado F, subapartado B), párrafo sexto, del préstamo objeto del proceso, que establece una comisión de apertura de 420.70 €, ordenando la devolución de 420.70 €, más el interés moratorio legal desde el pago de los gastos y el interés procesal desde sentencia.

2/ DECLARO la nulidad del pacto Quinto del préstamo objeto del proceso, en el bien entendido de que ciñéndose a los negocios jurídicos trabados entre actores y Banco, ordenando la devolución de 669.68 €, en concepto del 100 % de los gastos de gestoría, Registro de la Propiedad y 50 % de los gastos de Notaría, más el interés moratorio legal desde el pago de los gastos y el interés procesal desde sentencia.

3/ CONDENO al Banco a pagar las costas.”.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Itma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil demandada se alza contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander en petición de otra que, revocando parcialmente la anterior, (1) deje sin efecto las condenas restitutorias por estar prescritas las correspondientes acciones, (2) declare la falta de legitimación pasiva de la demandada respecto de los gastos derivados de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, (3) deje sin efecto la declaración de nulidad de la comisión de apertura, (4) fije como determinada la cuantía del procedimiento, (5) no imponga las costas de la primera instancia. Siete son los motivos de recurso. El primero reproduce la excepción de prescripción de las acciones restitutorias de gastos y comisión de apertura, y debe decaer por las siguientes razones. (1) Según la STJUE de 16 de julio de 2020, no se opone a la Directiva 93/13 un régimen por virtud del cual el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva quede sometido a un plazo de prescripción. (2) También dice esa sentencia que un plazo de prescripción de cinco años (que es el previsto en el art. 1964 CC tras la reforma operada por la Ley 42/2015) no parece, en principio, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tatur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

conferidos por la Directiva 93/13. (3) Si el plazo de cinco años es suficiente, más lo será el de quince años que preveía el art. 1964 CC en su redacción anterior a la Ley 42/2015. (4) La STJUE mencionada dice que es posible que el consumidor ignore que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario (y esto mismo, decimos nosotros, sería predicable de cualquier otro contrato de préstamo o crédito) sea abusiva o no perciba la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva de consumo. (5) Concluye esa STJUE, primero, que un régimen de prescripción que sitúa el comienzo del plazo en el momento de celebración del contrato vulnera el principio de efectividad, en relación con el de seguridad jurídica, pues puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva de consumo confiere a los consumidores; y segundo, que la determinación del momento en que el plazo de prescripción comienza a correr debe tener en cuenta si el consumidor tenía o razonablemente podía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula que da derecho a restitución. (6) Comoquiera que la prescripción tiene naturaleza de excepción, el demandado que la opone tiene que alegar y probar los elementos que la integran, uno de los cuales es la determinación del momento a partir del cual se inicia. (7) Ese momento nunca puede ser anterior a la fecha en que el consumidor tuvo o razonablemente pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula cuya nulidad da derecho a restitución. (8) El demandado que opone la prescripción, precisamente por tratarse de una excepción, tiene que indicar cuál fue la fecha de inicio, y probar que en ese momento el demandante tuvo o pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. (9) Tanto si concluimos que el momento de inicio de la prescripción no puede ser anterior al dictado de sentencia firme que declara nula la cláusula abusiva incluida en el contrato de autos, como si consideramos que el inicio de la prescripción se sitúa en la fecha en que, por virtud de jurisprudencia sentada por el TJUE o por el Tribunal Supremo, quedó aclarado que una cláusula como la de autos podía ser abusiva y cuáles son los concretos efectos restitutorios, la acción restitutoria ejercitada en este procedimiento no estaría prescrita, teniendo en cuenta tanto que la presentación de la reclamación extrajudicial se produjo el 8 de febrero de 2021, como que el plazo de prescripción previsto en el art. 1964 CC, como la doctrina sentada por la STS de 20 de enero de 2020 (que conjuga lo previsto en la Disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de reforma de la prescripción, que entró en vigor el día 7 de octubre de 2015, con el art. 1939 CC, al que se remite). (10) En el caso de autos, solo podríamos concluir que el inicio de la prescripción fue anterior al dictado de la sentencia firme que declara nula la cláusula abusiva incluida en el contrato de autos, o a la fecha en que, por virtud de jurisprudencia sentada por el TJUE o por el Tribunal Supremo, quedó aclarado que una cláusula como la de autos podía ser abusiva y cuáles son los efectos restitutorios, si la demandada hubiera contundentemente probado que el demandante, antes de esas fechas, tuvo pleno y cierto conocimiento de la nulidad de la cláusula. (12) Una prueba tal no se ha producido.

SEGUNDO. El segundo motivo de recurso viene a sostener que el transcurso de tanto tiempo sin que el actor hiciese valer ante la entidad apelante la posible nulidad de la cláusula ahora declarada abusiva, y sin reclamar la devolución de lo pagado, constituye un supuesto de retraso

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

desleal en el ejercicio del derecho y una vulneración de la doctrina de los actos propios. El motivo debe decaer por las siguientes razones. (1) El pago de lo indebido no constituye por sí mismo admisión de la validez de la cláusula que injustamente lo impuso, esto es, un acto contra el que no puede luego ir el consumidor. (2) Cuando el perjudicado es un consumidor, el mero transcurso del tiempo sin ejercitar esta acción no puede servir para enervarla, pues ello sería contrario al principio de eficacia que hemos comentado en el ordinal 4 del fundamento anterior. (3) Sorprende a este Tribunal que sea el contratante abusador (lo es por haber impuesto una cláusula abusiva) quien tache de abusador al consumidor.

TERCERO. El tercer motivo de recurso reproduce la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada, derivada de que no fue parte en el contrato de compraventa. Para bien resolver el presente motivo, debemos hacer las siguientes consideraciones. (1) La escritura controvertida contiene dentro de sí tres negocios: uno de compraventa, celebrado exclusivamente entre la promotora (vendedora) y la actora (compradora); otro de subrogación en determinada parte del préstamo hipotecario que la promotora-vendedora tenía concertado con la prestamista-apelante; y otro de novación de la relación jurídica del préstamo que, como consecuencia de la subrogación, existió entre la prestamista-apelante y la prestataria-demandante, negocio de novación celebrado exclusivamente entre la prestamista-apelante y la nueva prestataria-actora. (2) Dicha escritura, aunque contiene tres negocios, solo tiene una cláusula de gastos, que atribuye a la "parte compradora" todos los gastos derivados de esos tres negocios jurídicos. (3) Comoquiera que la ahora apelante fue parte en el negocio de subrogación y en el de novación, puede sufrir la acción ejercitada por la actora, esto es, está pasivamente legitimada. (4) El Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de junio de 2020 y 17 de junio de 2020, sostiene que "en aquellos casos en que en el mismo otorgamiento de la escritura de compraventa con pacto de subrogación, comparezca el acreedor y se formalice una novación modificativa del propio contrato de préstamo hipotecario en el que se subroga el comprador, las cláusulas de imputación genérica de los gastos derivados del otorgamiento, incluidos los vinculados a la subrogación y novación pactada con intervención del acreedor pueden ser cuestionadas en cuanto a su eventual falta de transparencia o abusividad en el marco de un procedimiento seguido contra el citado acreedor hipotecario".

CUARTO. El cuarto motivo de recurso parte de la premisa de que el único interesado en el negocio de subrogación y ampliación de préstamo hipotecario es el prestatario, razón por la cual debe ser él quien corra con todos los gastos. El motivo debe decaer por las siguientes razones. (1) Si el banco no tuviera, no hubiera accedido a tener por subrogada en el préstamo a la actora, pues nadie celebra un negocio que no le interesa. (2) Cuando el banco concede un préstamo promotor, lo hace desde la premisa económica de que el promotor venderá las viviendas y subrogará a los compradores. (3) En orden a la devolución de la cantidad prestada, puede afirmarse que la solvencia conjunta de los compradores-subrogados es mayor que la de la promotora, buena prueba de lo cual es la suerte final que han corrido muchas de ellas (concurso y liquidaciones masivas). (4) No hizo el banco un favor al cliente cuando amplió la cantidad objeto de préstamo, sino con vistas a enriquecerse (legítimamente). (5) La

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

ampliación del capital del préstamo interesa a ambos contratantes, también al banco, porque ampliar un préstamo no es sino prestar una nueva cantidad. (6) La ampliación de la garantía interesa solo al acreedor. (7) Cuando el banco presta, o amplía el préstamo, lo hace por legítimo afán de lucro, y no por una suerte de caridad con el prestatario. (8) La ampliación del préstamo no es un acto unilateral del prestatario, ni aunque la iniciativa parta de él, puesto que sin la voluntad del prestamista no recibiría el nuevo capital.

QUINTO. El quinto motivo de recurso impugna la declaración de nulidad de la comisión de subrogación (y la condena a restituir su importe), pues según la apelante el pacto que la establece es lícito y válido. Comoquiera que la comisión de subrogación cumple idéntica finalidad que la de apertura, considera este Tribunal íntegramente aplicable la doctrina sentada a propósito de esta, comisión respecto de la cual ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 28 de abril de 2021, dictada en el Rollo de Apelación número 458/21, cuya doctrina reproducimos en esta.

SEXTO. Como antecedentes, conviene destacar los siguientes. (1) La cláusula controvertida es del siguiente tenor: "La presente subrogación devengará una comisión de 0,50% del importe del préstamo subrogado a cargo del adquirente". (2) La entidad prestamista no ha practicado prueba tendente a acreditar qué concreta información precontractual sobre el coste total de la subrogación facilitó a la parte actora. (3) Tampoco la parte demandada precisa y demuestra qué gastos le ocasionó la subrogación del préstamo, ni que la comisión percibida responda a tales gastos.

SÉPTIMO. El Tribunal Supremo español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han afrontado la cuestión de la validez de comisiones de apertura en sus sentencias 44/2019 de 23 de enero, del Supremo (ROJ: STS 102/2019) y de 16 de julio de 2020, del Tribunal de la Unión (ROJ: PTJUE 176/2020). En síntesis y en lo que ahora interesa, la STS 44/2019 de 23 de enero ha sentado que la comisión de apertura es una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Así se lee en esa sentencia que "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 pro conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios". El Tribunal Supremo continúa afirmando que "En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación".

OCTAVO. Según se desprende inequívocamente de multitud de resoluciones del Tribunal Supremo, la exclusión del control de contenido de un elemento esencial del contrato, no excluye la posibilidad de realizar un control de transparencia material porque éste no se agota en el mero

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b38-18b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

control de incorporación. Ese control de transparencia material que supone un plus sobre el de incorporación ya que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, implica que el adherente pueda tener un conocimiento real del contenido del contrato, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, cuáles serán las consecuencias económicas y jurídicas de contratar. En sus sentencias 166/2021 y 162/2021, ambas de 23 de marzo, el Tribunal Supremo declaró que “El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, 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 le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”. La falta de transparencia –como viene apreciando el Tribunal Supremo respecto de las denominadas cláusulas suelo- puede provocar un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener un préstamo en el que se le enmascaran parte de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato, impidiéndole además comparar correctamente la concreta oferta con otras existentes en el mercado.

NOVENO. En esa línea, la STS 44/2019, de 23 de enero, no excluye la procedencia de efectuar un control de transparencia material respecto de las cláusulas que establecen comisiones de apertura si bien, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia destaca que en el caso resuelto no se planteó en el recurso la cuestión de su falta de transparencia, ni se suscitaron dudas razonables sobre su carácter transparente. Tras esas advertencias, el Tribunal Supremo añadió que “Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”.

DÉCIMO. Por su parte, la posterior STJUE de 16 de julio de 2020 vuelve a analizar la comisión de apertura. Lo hace al dar respuesta a la cuestión prejudicial relativa a “si el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tafur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición".

UNDÉCIMO. Como se ha dicho antes, el Tribunal Supremo había considerado que la comisión de apertura era un componente del precio del préstamo y por ello quedaba excluido el control de contenido de esa cláusula en cuanto al equilibrio de las prestaciones. Sin embargo, la STJUE parece adoptar otra posición bien diferente. Este tribunal aclara que "para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de "objeto principal" y de "precio", en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de "coste total del crédito para el consumidor", en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L133, p.66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47)"; y concluye afirmando que "Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este". Además, esa STJUE añade que "el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)". (...) "la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

DUODÉCIMO. Los criterios o factores a tener en cuenta para valorar la adecuada información sobre la cláusula los expone el TJUE diciendo "El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz". Y concluye: " En estas circunstancias,

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tatur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

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

DECIMOTERCERO. En cuanto al desequilibrio que puede generar la comisión de apertura, se preguntó si "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 causa 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", estableciendo al respecto el TJUE los siguientes criterios:

"74. En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, 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 (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17 , EU:C:2019:820 , apartado 50).

75. En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17 , EU:C:2019:820 , apartado 51)

76. Además, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17 , EU:C:2019:820 , apartado 52)".

Y finalmente el TJUE en atención a la legislación nacional concluye: " A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009,

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tatur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-d7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==

las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que 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".

DECIMOCUARTO. Así las cosas, hemos de concluir que se conceptúe la comisión de apertura como parte esencial del contrato o como elemento accesorio del mismo, se llega al resultado equivalente de confirmar su nulidad. Si consideramos que la comisión es parte del precio, la revisión de las actuaciones pone de manifiesto que (a) no existe prueba relativa a que los demandantes poseyeran el "general conocimiento" que el Tribunal Supremo afirma que existe entre los consumidores acerca de la realidad de esta cláusula en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios; (b) ni que la publicidad bancaria versara sobre este extremo; (c) ni, y principalmente, que se diera información previa acerca de la imposición de esa comisión. En consecuencia, no puede afirmarse que la comisión de apertura supere en este caso el control de transparencia, permitiendo a los concretos los prestatarios conocer las consecuencias jurídicas y económicas de lo que contrataban y comparar la oferta de la entidad prestamista con otras que hubiera en el mercado.

DECIMOQUINTO. A similar conclusión se llega si, de conformidad con las consideraciones contenidas en la STJUE de 16 de julio de 2020. Si la comisión de apertura no es parte del precio, y su finalidad es retribuir servicios prestados por la entidad financiera, no consta cuáles fueron esos servicios o gestiones, a los que ni siquiera se alude en la cláusula contractual, y además se desconoce si dichos servicios se han prestado efectivamente y el alcance o coste de cada uno de ellos, en su caso. Por todo lo anterior, y como ya se ha adelantado, debe confirmarse la nulidad advertida por el juez a quo, rechazando el correspondiente motivo del recurso.

DECIMOXESTO. El sexto motivo de recurso denuncia la "incorrecta fijación como indeterminada de la cuantía del procedimiento". El motivo debe decaer, porque comoquiera que solo es dable cuestionar la cuantía del procedimiento cuando, de haberse determinado de forma correcta, el

procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación (cfr. art. 255 LEC), solo cabe plantear el tema de la cuantía si afecta a una de esas dos cuestiones, y no a otra distinta, cual es la futura liquidación del crédito de costas, que es lo que parece subyacer en la queja de la actora.

DECIMOSEPTIMO. El séptimo y último motivo de recurso impugna la condena en costas, y debe decaer, porque su presupuesto es que estimemos algunos de los motivos anteriores, y como consecuencia de ello la demanda quede solo parcialmente estimada.

DECIMOCTAVO. Por cuanto antecede, es visto que el recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, al rechazarse todos los motivos de recurso.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad el Rey,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la mercantil BANCO SANTANDER, S.A., contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

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

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el/La Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

Firmado por:
Francisco Javier González Duque,
Joaquín Tatur López de Lemus,
María del Mar Hernández Rodríguez,
Bruno Arias Berrioategortua

Fecha: 1/11/2022 10:22

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación: 3907537004-c7b3818b0915c3a8625403bb6f7a1f119UK0AA==