



Juzgado de Primera Instancia nº 50 bis de Barcelona (cláusulas suelo)

Avenida Carrilet, 2, Edifici H, planta 3 - Hospitalet De Llobregat, L' - C.P.: 08075

TEL.: 938874500
FAX: 935549550
EMAIL: instancia50.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: [REDACTED]

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) [REDACTED] 2021 -H

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmob. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: [REDACTED]
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 50 bis de Barcelona (cláusulas suelo)
Concepto: [REDACTED]

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]
Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres, Elisabet Jorquera Mestres
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BBVA, SA
Procurador/a: Gemma Donderis De Salazar
Abogado/a: Salvador Samuel Tronchoni Ramos

SENTENCIA Nº 3168/2023

L'Hospitalet de Llobregat, 23 de abril de 2023

Joan L. Cardona Ibáñez, Magistrado en comisión de servicios en este Juzgado, he conocido estas actuaciones de juicio ordinario de acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato de financiación con garantía real inmobiliaria, y he dictado esta Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte actora, [REDACTED] interpuso una demanda contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., quien se allanó parcialmente, por lo que se citó a las partes para celebrar la audiencia previa, que tuvo lugar el 23 de abril de 2023. A este acto comparecieron ambas partes, que mantuvieron sus posiciones y propusieron como único medio de prueba la documental, que se admitió. A continuación solicitaron que se dictara Sentencia sin necesidad de celebrar el juicio, lo que se dispuso así, de manera que las actuaciones quedaron listas para su resolución, trasladando al fallo las cuestiones objeto de allanamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS Y PUNTO DE PARTIDA AL RESPECTO.

La SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 670/2022, recuerda los criterios legales y



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora
10/05/2023 09:06

Signat per Cardona Ibáñez, Joan;



jurisprudenciales para la categorización de un pacto contractual como condición general de la contratación predispuesta:

3. El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) establece que:

"1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

4. El actual art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDUC), vigente desde el 21 de noviembre, como previamente había hecho el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el mismo sentido, establece que:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Añadiendo el art. 83 TRLGDUC que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas", coherentemente con lo dispuesto en el art. 8.1 LCGC.

5. La Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, en su fundamento jurídico 138, ha afirmado que:

"La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula .

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

6. En relación con la cláusula impugnada en la demanda, de los cuatro requisitos enumerados, el único que se puede discutir que concurra es el de la "imposición" de dicha cláusula, ya que mantiene que la estipulación en litigio ha sido negociada individualmente con el cliente.

7. Sobre este requisito de la "imposición" la mencionada sentencia 241/2013 del Alto Tribunal concluye en su fundamento 165 lo siguiente:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger





entre diferents ofertes de diferents empresaris.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

En el caso que ahora nos ocupa no existe duda que las cláusulas discutidas fue inserta en el contrato por el empresario y en el seno de su actividad comercial en masa, cumpliéndose además el resto de condiciones exigidas por la normativa y la jurisprudencia citadas. La prueba en contrario corresponde a la demandada, y la documental presentada no permite llegar a una conclusión diferente a la defendida por la actora, y salvo que se indique otra cosa en el fundamento jurídico concreto sobre cada cláusula impugnada.

SEGUNDO. DETERMINACIÓN DE LAS PARTIDAS Y CUANTÍAS A REINTEGRAR EN VIRTUD DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE IMPOSICIÓN DE GASTOS.

A pesar que no se discute la nulidad de la cláusula, procede indicar lo siguiente a los efectos expresados.

A. Sujetos obligados al pago y distribución de los importes.

La SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 1696/2021 establece los criterios legales y jurisprudenciales al respecto:

SEGUNDO.-Efectos de la nulidad de la cláusula gastos.

1. La STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618) no establece un efecto automático de la nulidad de la cláusula de imputación de gastos que determine su imposición al predisponente, bien porque los haya percibido directamente el prestamista, bien porque haya gestionado la distribución de esos gastos entre terceros. Se aleja así de la posibilidad de considerar que la condena al predisponente a retornar todos los gastos sea una consecuencia del efecto disuasorio de la nulidad. La STS de 15 de marzo de 2018, en el marco de una acción individual, insiste en la misma idea, descartando, en definitiva, que como efecto de la nulidad se pueda imputar al prestamista la totalidad de los gastos.

2. El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia núm. 555/2020, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3453), ha resumido los criterios y los argumentos que aplica a la distribución de los gastos y ha rectificado el relativo a los gastos de gestoría, para acomodarlo a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, de la siguiente forma:

a) En cuanto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, esto es, que son de cargo del prestatario.

b) Respecto a los gastos de notaría -explica el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 555/2020- que "en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como "la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento".

El mismo criterio resulta de aplicación a 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, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

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

c) Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los registradores de la propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Partiendo de lo anterior, el Tribunal Supremo reitera el criterio sentando en su Sentencia 48/2019, de 23





de enero, por el que, en la medida que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

d) Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendió que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad". Sin embargo, este criterio ha sido rectificado en su sentencia núm. 555/2020, que señala lo siguiente:

"Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación"

e) Contratación de seguro de daños. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 descarta que se trate de una previsión desproporcionada o abusiva, por cuanto "no deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro." No es posible, por tanto, su traslación al prestamista.

f) En cuanto a los gastos de tasación, la Sentencia de 27 de enero de 2012 (ECLI ES:TS:2021:61) concluye que, de acuerdo con la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que los imponga al prestatario, no cabe negar al consumidor su devolución como efecto de la nulidad de la cláusula declara abusiva.

Aplicados los anteriores criterios al presente caso, debemos de rechazar, de un lado, la pretensión de la demandada de excluir de la condena el 100% de los gastos de gestoría. Por el contrario, procede estimar en este punto la impugnación, incrementando la condena en 520 euros (el 50% de los gastos de notaría no reconocidos en la sentencia de instancia).

Esto es, y como es de sobras conocido en el foro:

- Los gastos registrales, de tasación y de gestoría corresponde abonarlos a la entidad bancaria al 100%.
- El importe el IAJD corresponde abonarlos por la prestataria al 100%.
- Los gastos notariales se abonan al 50% por ambas partes, con la precisión que las copias de las escrituras han de ser abonadas por aquél que las solicita, pues es de su interés.

Lo anterior resulta de aplicación tanto a los trámites del préstamo y garantía hipotecaria originales como a 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, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y en cuanto a los gastos notariales y de la misma naturaleza anterior relativos al





afianzamiento incluido en el contrato de préstamo, la Sección 15ª viene admitiendo también su reclamación (Sentencia 1868/2019).

B.Acreditación de la existencia de las partidas reclamadas y ejercicio de la acción de restitución de cantidad.

En cuanto a la acreditación de las partidas concretas que se reclaman (y con independencia de la prueba de quién las abonó, cuestión que se examina en el siguiente apartado), la SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 154/2022, establece que se ha de ejercitar la acción de restitución juntamente con la de nulidad y que además se debe determinar en el plenario y fijar en sentencia la existencia de las partidas y gastos y sus cuantías, sin que sea posible diferir la cuestión a un trámite posterior por la vía del art. 219 LEC:

CUARTO. *La prueba de los gastos.*

5. *La segunda parte del recurso se refiere a la restitución de los gastos de la formalización del préstamo hipotecario, abonados en virtud de la cláusula de distribución de estos y declarada nula. Nuevamente hemos de darle la razón al recurrente. La actora, salvo casos excepciones, no puede limitarse a reclamar los gastos que se acrediten en ejecución de sentencia, tiene que justificar y cuantificar cuales son dichos gastos. El art. 219.1 LEC lo impone claramente cuando establece que "cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada (...), no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética". El actor no puede diferir la acreditación de esos gastos a ejecución de sentencia, lo que nos lleva a estimar en este punto el recurso y desestimar esta pretensión.*

En el mismo sentido, hay que insistir, la SAP, Sección 15ª, núm. 619/2022 declara la falta de interés legítimo de la actora, con el pronunciamiento consiguiente en costas a su cargo, en los casos en que se ejercita una acción meramente declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos y no se solicita la condena dineraria aparejada, y excepto en casos justificados, como en el supuesto en que la actora no dispone de las facturas o justificantes del abono de los gastos.

Por tanto, el pronunciamiento sobre la restitución de cantidad se ha de modular conforme a las acciones que se ejercitan en este procedimiento, de nulidad o restitución o simplemente de nulidad, y a la acreditación de las partidas concretas y su pago, según se hayan aportado las facturas, cargos en cuenta u otros medios probatorios que acrediten la realidad de los diferentes conceptos que se reclaman.

C.Acreditación del pago de los conceptos y cantidades concretas reclamadas.

Dicho lo anterior, por lo que se refiere a la prueba del pago de las cantidades reclamadas, que como se ha indicado corresponde a la actora, una vez acreditada la existencia de las diferentes partidas y conceptos que se reclaman, y con independencia de que se haya probado su pago con la aportación de las facturas o documentos concretos que lo acrediten de manera fehaciente, en caso de duda debe regir la presunción que fue la actora quién los abono, en virtud de los artículos 396 y 281.4 LEC.

El primero de ellos regula las presunciones judiciales al indicar:

1. *A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

Y el segundo de ellos establece que "No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

Efectivamente, es indiscutible que se ha de reputar como un hecho de notoriedad





absoluta y general que los notarios, registradores y demás profesionales que intervienen en las actuaciones que generan los gastos descritos en la cláusula impugnada no trabajan gratis. Tampoco es un hecho discutido que aquellos profesionales realizaron los trabajos cuyo pago ahora se reclaman, pues en caso contrario no se hubiera podido celebrar el contrato ni constituir el derecho real de garantía. Y tampoco se discute que la cláusula contractual impuso el pago de los gastos a la parte prestataria. Por tanto, al no haber probado la prestamista que fue ella quien los abonó, inevitablemente se debe considerar probado por presunción judicial que fueron satisfechos por la demandante.

D.Eventual ampliación en la audiencia previa de los conceptos y cuantías reclamadas.

En cuanto a la adecuación de los conceptos y cuantías discutidos a la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, procede declarar que su eventual actualización en el acto de la audiencia previa no produce indefensión a la parte demandada pues en la demanda se indica cuál es la cláusula que se impugna y los gastos y partidas que se reclaman, por lo que la contraparte conoce los hechos constitutivos de la acción y se ha podido defender. Igualmente, la adecuación de los conceptos y cuantías a la doctrina del Tribunal Supremo se incardina dentro de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*. Finalmente, hay que tener también en cuenta como criterio orientador que las modificaciones jurisprudenciales en derecho de consumo acaecidas después de la interposición de la demanda no pueden perjudicar a la parte actora, conforme a la doctrina de “La inaplicación del principio de vencimiento objetivo en caso de cambio sobrevenido de jurisprudencia” establecido por el TS en su Sentencia núm. 219/2017. Expuesto todo lo anterior, en cuanto a las partidas y cuantías concretas reclamables me remito a lo que indiqué expresamente en la audiencia previa por referencia a los diferentes documentos aportados a las actuaciones y que acreditan la existencia y el pago de las cuantías y conceptos, por lo ya expuesto, así como a los cálculos que también indiqué conforme a la doctrina actual del Tribunal Supremo. De esta manera, la condena dineraria se concreta en las cantidades que indiqué en aquel acto.

TERCERO. RESOLUCIÓN SOBRE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE ESTABLECE EL PAGO DE UNA COMISIÓN DE APERTURA.

Como es de sobras conocido, el 10 de septiembre de 2021 el TS planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE con este contenido:

Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, las siguientes peticiones de decisión prejudicial, sobre interpretación de los arts. 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526):

1.º- *¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?*

2.º- *¿Se opone al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial*





del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?.

3.º- ¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (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.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?.

La cuestión ha sido resuelta por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21, con esta decisión:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Así pues, y a la espera de lo que pueda resolver el Tribunal Supremo, la decisión anterior no hace más que ratificar el criterio que venido manteniendo hasta ahora en base a los argumentos defendidos por la AP de Lleida, defendida también por otras Audiencias.

La SAP de Lleida núm. 69/2021 resume la doctrina del TS y el TJUE al respecto y concluye: SEPTIMO. En cuanto a la comisión de apertura sostiene la recurrente que se trata de un pacto plenamente válido, su cuantía no es abusiva, responde a servicios efectivamente prestados por el Banco y su licitud ha sido refrendada por la práctica judicial

Sobre la comisión de apertura se ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que ha sido objeto de importantes variaciones, al punto que la doctrina jurisprudencial que vendría a servir de base a las alegaciones de la entidad recurrente (recogida en la STS, Pleno, de 23-1-2019) ha quedado superada en la actualidad, por los relevantes matices y precisiones que se





derivan de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19) asunto 224/2019), tal como hemos puesto de manifiesto en nuestra sentencia de 21 de julio de 2020 (nº 514/2020) y en otras posteriores.

Decíamos en esta sentencia nº 514/20 que: "Así en primer lugar y respecto de la cláusula que contiene la comisión de apertura, contrariamente a lo que había venido sosteniendo el TS en su sentencia nº 44, del Pleno, de 23 de enero de 2019 (rec. 2982/2018), que esta Sala había venido siguiendo en nuestras Sentencias nº 189 de 11 de abril de 2019 (rec. 283/2018), nº 419 de 19 de septiembre de 2019 (rec. 879/2018), nº 461 de 2 de octubre de 2019 (rec. 689/2018), y nº 558 de 2 de diciembre de 2019 (rec. 684/2018), entre otras, el TJUE en su reciente Sentencia de fecha 16 de este mes de julio, considera que las cláusulas que contiene la comisión de apertura no están incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato" y los jueces están obligados "a controlar el carácter claro y comprensible" de las mismas.

En este punto, el TJUE recuerda que el carácter "claro y comprensible" de una cláusula que impone una comisión de apertura "debe ser examinado por el juez nacional a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes". Por tanto, la normativa europea "se opone a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito".

Asimismo, la sentencia declara que una cláusula que contempla el pago de una comisión de apertura por parte del cliente "puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes" en caso de que "la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados". Y aquí radica el quid de la cuestión, esto es, si la entidad financiera, no solo ha alegado, sino ha demostrado que esa comisión corresponde a servicios efectivamente prestados, lo que aquí no acontece pues ninguna prueba se ha practicado al respecto, lo que ha de llevarnos a la desestimación de este motivo de recurso, por bien que por los motivos que aquí señalamos".

OCTAVO. En el presente caso la cláusula cuestionada dispone:

"4- COMISIONES. 4.1-Comisión de Apertura: El préstamo que se instrumenta en la presente escritura devenga a favor del Banco por el solo hecho de su formalización del mismo y por una sola vez, una comisión de apertura del 0,50%. Dicha comisión se calculará sobre el capital del préstamo y se devengará y hará efectiva en el día de hoy"

Las alegaciones vertidas por la apelante en su recurso encuentran oportuna respuesta en la referida STJUE de 16-7-2020 pues las cuestiones prejudiciales planteadas al respecto traían causa de una cláusula contractual de contenido prácticamente idéntico a la que nos ocupa y la petición se formuló en los siguientes términos:

" 34. Por lo que respecta a la cláusula que impone una comisión de apertura, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca indica que las Audiencias Provinciales coincidían en declarar su carácter abusivo en atención al hecho de que tal comisión no se corresponde con ningún servicio o gasto real y efectivo. No obstante, el Tribunal Supremo había corregido recientemente esta línea jurisprudencial, al considerar que la comisión de apertura, en cuanto parte del objeto principal de un contrato de préstamo, debía quedar sustraída del control de su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la fundamentación del Tribunal Supremo y se pregunta también si incide en la respuesta a esta cuestión el hecho de que el Reino de España no ha transpuesto dicho artículo 4 de la Directiva 93/13 al Derecho español para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, de conformidad con el artículo 8 de esta Directiva"

Y las cuestiones que se plantean sobre esta cláusula se centran en:

" 7) Se cuestiona si a la vista del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia, puede suponer una quiebra del principio de inversión de la carga de la prueba establecido en el artículo 3.2 de la Directiva, no teniendo que probar el profesional que ha proporcionado información





previa y negociación individual de la misma.

8) Se cuestiona si resulta contrario al artículo 3 de la Directiva 93/13 y a la Jurisprudencia del TJUE que una jurisprudencia nacional pueda considerar que un consumidor debe conocer per se que es una práctica habitual de las entidades financieras la de cobrar una comisión de apertura; y por lo tanto, no sea necesario que el prestamista deba realizar prueba alguna para acreditar que la cláusula fue negociada individualmente, o si por el contrario, en cualquier caso, debe el prestamista acreditar que la misma fue negociada individualmente.

9) Se cuestiona si a la vista de los artículos 3 (y 4 de la Directiva 93/13 y [de] la jurisprudencia del TJUE, puede ser contraria a dicha Directiva una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura no puede ser analizada en cuanto a su carácter abusivo por aplicación del artículo 4.2 por referirse a la definición del objeto principal del contrato, o por el contrario debe entenderse que tal comisión de apertura no supone parte del precio del contrato sino una retribución accesoria, y por lo tanto debe permitir al juez nacional el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al derecho nacional.

10) Se cuestiona si, a la vista del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no transpuest[o] por la LCGC al ordenamiento jurídico español, resulta contrari[o] al artículo 8 de la Directiva 93/13 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusula denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.

11) Se cuestiona si a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional".

En respuesta a estas cuestiones argumenta el TJUE:

" Sobre las cuestiones prejudiciales séptima a décima en el asunto C- 224/19 , relativas al control del carácter abusivo y de la transparencia de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura

56. Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, 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 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.

57. Procede observar con carácter preliminar que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las cuestiones prejudiciales séptima a décima partiendo de la premisa de que no se ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

58. Ahora bien, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 42).

59. En efecto, por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que "la apreciación





del carácter abusivo" no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138), apartado 45).

60. Más concretamente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) se limita a enunciar que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

61. De este modo, en el asunto objeto del litigio principal, solo es posible limitar, con arreglo al citado artículo 4, apartado 2, el control del carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura cuando esta cláusula se refiera a alguno de los dos aspectos antes mencionados.

62. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato" deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820 apartado 32).

63. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada).

64. No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de "objeto principal" y de "precio", en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, 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 (LA LEY 2798/1986) del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). 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.

65. Además, del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada).

66. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 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).

67. Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820), apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43).

68. 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138), apartado 46).

69. De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado.

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

71. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que 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 miembro.

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura

72. Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, 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.

73. A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de "cláusula abusiva" al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820 apartado 47 y jurisprudencia citada).

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 concurran 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).

77. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal.

78. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, 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.

79. 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".

Teniendo en cuenta estos criterios la consecuencia jurídica ha de ser la misma que la adoptada en la resolución recurrida toda vez que la parte demandada, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha demostrado la existencia de una negociación individual de esta comisión de apertura, ni que estuviera incluida en la oferta vinculante o en la solicitud de préstamo -que no ha sido aportada a los autos- no existiendo prueba alguna de que la entidad prestataria hubiera comunicado al cliente, consumidor, los elementos suficientes para que éste adquiriera conocimiento del contenido y funcionamiento de la cláusula que impone el pago de esta comisión, así como su función dentro del contrato, no constando por tanto que el prestatario tuviera conocimiento de los motivos que justifican la retribución de dicha comisión, para así poder valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total del contrato, y tampoco se ha acreditado que esa comisión corresponda a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de recurso.

Insistiendo al respecto de la imposición a la prestamista de la carga de la prueba, la SAP Lleida núm. 775/2020 establece:

Estamos en el mismo supuesto ya que no hay acreditación de que haya habido algún servicio que se haya prestado por el banco anudado a esa comisión. De hecho, resulta curioso que le propio banco diga ahora en su contestación la recurso que ni siquiera se ha cobrado nada por esa comisión., lo que analizaremos a continuación ya que es el motivo principal del recurso de apelación de la parte actora -pues la sentencia a pesar de declarar la nulidad de la cláusula no considera haya nada que devolver porque nada se ha acreditado se haya pagado al respecto.

Así las cosas, hay que entender que no es al cliente a quien corresponde acreditar que se le ha cobrado la comisión de apertura sino al banco que es quien tiene la disponibilidad probatoria. Es evidente que el Banco es quien efectúa los cargos en la cuenta una vez concedido e ingresado el dinero del préstamo. Por lo tanto, le es bien fácil acreditar que dinero se preste y cual se ingreso y que cargos efectuó consecuencia del préstamo en la cuenta. Exigirle al cliente que guarde extractos de la fecha de suscripción del préstamo es ir más allá de lo ordinario, mas cuneta, repetimos, es el banco el que tiene la facilidad probatoria y tiene además la existencia de una clausula a su favor que así lo establece, por lo que si no la ha aplicado debe de acreditar que así ha sido, puesto que la clausula es clara cuando señala que "El préstamo devengara una Comisión de apertura del 2,14% sobre el total importe del préstamo con un mínimo de 299.600 Pts. a satisfacer por la parte prestataria en este acto ..."

En cuanto a su importe no tiene por qué dudarse que el que se cobro fue el que la propia clausula establece, esto es el 2,14% del importe del préstamo, esto es 2,14% de 14 millones de pts., esto es 299.600 pts. que equivalen a 1800 € como solicita la parte actora, por lo que en este sentido habrá que estimar el recurso de apelación y desestimar





la impugnación de la sentencia en relación a la validez e importe de la comisión de apertura.

Planteada así la doctrina aplicable al caso, la entidad demandada no ha aportado ningún medio probatorio que permita concluir que la cláusula discutida se negoció individualmente, que constara en la oferta vinculante o en la solicitud de préstamo, ni que "hubiera comunicado al cliente, consumidor, los elementos suficientes para que éste adquiriera conocimiento del contenido y funcionamiento de la cláusula que impone el pago de esta comisión, así como su función dentro del contrato, no constando por tanto que el prestatario tuviera conocimiento de los motivos que justifican la retribución de dicha comisión, para así poder valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total del contrato, y tampoco se ha acreditado que esa comisión corresponda a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido".

CUARTO. RESOLUCIÓN SOBRE LA PRESCRIPCIÓN (O CADUCIDAD) DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Como es sabido, el TS planteó el 22 de julio de 2022 una cuestión prejudicial al TJE con este contenido:

1.- ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)?

3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior)?

Así las cosas, y siendo discutida por el alto tribunal la cuestión, procede indicar lo siguiente.

La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual implica su declaración de nulidad de pleno derecho, con arreglo al art. 10.bis.2 LGDCU (actualmente, art. 83 TRLGDCU) y al art. 8 LCGC, pudiendo subsistir en este caso tanto el contrato de préstamo con garantía de hipoteca pero con la declaración de nulidad de la cláusula mencionada, lo que implicará la falta de aplicación de la misma, sin que sea posible su moderación.

Conforme a los preceptos indicados, las cláusulas que se consideran nulas por abusivas lo serán de pleno derecho, y no simplemente anulables, de modo que no es de aplicación ningún plazo de caducidad (el del art. 1301 CC, en concreto), estimando la jurisprudencia desde antiguo que la nulidad radical o de pleno derecho tiene un carácter imprescriptible. Así lo recordaba ya la STS nº 470 de 19 de mayo de 1995, rec. 660/1992: "La acción de nulidad de pleno derecho o de inexistencia de los actos jurídicos es imprescriptible, de acuerdo con la antigua regla de que lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo, de manera que, según la sentencia de 14 de noviembre de 1991 y otras, la limitación temporal para accionar de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil viene referida a las acciones de anulabilidad, pero no a las de nulidad radical o inexistencia, como es el caso ahora debatido".

Las consecuencias de la declaración de nulidad, ex art. 1303 CC, implican la mutua restitución entre las partes de las prestaciones que se hubieran entregado en aplicación





de las cláusulas declaradas nulas (con sus intereses), y en el caso concreto de la nulidad de la cláusula que impone la totalidad de los gastos al prestatario consumidor, surge la obligación a cargo del prestamista de restituir las cantidades satisfechas por el prestatario a terceros como resultado de la aplicación de la cláusula que se declara nula. Esta obligación de restitución de dichos gastos satisfechos indebidamente ha sido expresamente resuelta en las SSTs, del Pleno, nº 725 de 19 de diciembre de 2018 (rec. 2241/2018), y en las nº 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019 (rec. 4912/2017, rec. 5025/2017 y rec. 5298/2017, respectivamente); estas últimas indican en su Fundamento de Derecho Cuarto: 1.- *El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.*

Como ya se ha indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLCU, sino que, por el contrario, 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 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.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016 :

"34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

Asimismo, la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y 259/19) también se refiere a dichas consecuencias de restitución de las sumas indebidamente abonadas en sus apartados 50 a 55, señalando que:





"Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)" (...)

52 En consecuencia, debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61).

53 De este modo, el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 62)."

La demandada excepciona la prescripción de esta acción de reclamación de cantidad al haber transcurrido el plazo de prescripción general desde que se efectuó el pago de dichos gastos y cantidades por la parte demandante. A tal respecto, debemos considerar que mientras no se declara la nulidad de la cláusula abusiva no es posible la reclamación de las sumas satisfechas indebidamente por la aplicación de esta cláusula nula, de modo que no cabe apreciar ningún retardo malicioso en dicha reclamación ni la prescripción de la misma, conforme la doctrina de la *actio nata*, (recogida en el art. 1969 CC y en el art. 121-23. 1 CCCat), que determina el inicio del cómputo de prescripción en el momento en que la pretensión es ejercitable.

Así, la prestataria no ha podido ejercitar la acción de reembolso o reintegro de las cantidades por gastos notariales, registrales, de gestoría e impuestos hasta que ha sido declarada la nulidad de la cláusula de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, lo cual no ha sucedido hasta este procedimiento. Hasta su declaración de nulidad nada podía reclamar la prestataria, precisamente por los propios efectos de la citada disposición contractual, de forma que el plazo de prescripción para poder reclamar su reintegro, que constituye una acción personal, no puede empezar a contar hasta que se produce su declaración de nulidad pues es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción en virtud del principio de la *actio nata* (art. 1969 CC.).

Como dice la STS de 22-5-08, citada por la de 25-3-09:

Nuestro Código Civil, superando la teoría de la "actio nata", afirmativa para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, afecta, a través de la normativa del artículo 1969 de dicho Código, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en Sentencias de 26 de noviembre de 1943, 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962, reiterando criterio ya sostenido en otras precedentes, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la





propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977). Análoga la Sentencia de 29 de enero de 1982 "..."
Este criterio es perfectamente ajustado a la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19) que se refiere también a la prescripción.
Atendidas las consideraciones expuestas, la acción de reclamación está vigente, procediendo la desestimación de esta excepción.

QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA RESULTANTE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

Consecuentemente con los pronunciamientos anteriores, procede condenar a la demandada a abonar las cuantías que se derivan, con la importante precisión que la Sección 15ª de nuestra AP ha establecido reiteradamente que la determinación de los conceptos y las cantidades concretas se han de acreditar y determinar en el proceso y ser objeto de condena en la sentencia, sin que sea posible su determinación en ejecución de sentencia o en un trámite posterior, ni tampoco reservar la acción de restitución para su proceso ulterior, y salvo que se cumplan los requisitos del art. 219 LEC y se fijen en la sentencia las bases para la "simple operación aritmética" a que hace referencia (como sería el recálculo de las cantidades a abonar por efecto de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, IRPH, multidivisa, el tipo de interés moratorio, etc.). El incumplimiento de estos requisitos ha de llevar a la desestimación de la pretensión de restitución, con el pronunciamiento en costas que resulte.

Así, su Sentencia núm. 224/2022 establece:

38. Creemos que tiene razón la recurrente en que procede desestimar la acción de reclamación de cantidades correspondientes a la novación del préstamo de 2013 cuando la parte actora no ha aportado a las actuaciones las facturas correspondientes a los gastos que la actora afirma haber afrontado por su parte. La posibilidad de que la cuantificación de ese crédito quede para la ejecución no corresponde a la simple voluntad de la parte actora que no puede elegir entre cuantificar o reservarse la facultad de hacerlo en la ejecución sino que, si ejerce la acción de reclamación, tiene que cuantificar y acreditar. Como se deriva del art. 219.1 LEC, la regla general es la cuantificación y no hacerla es excepcional y solo procede en los casos en los que expresamente lo autoriza la norma, tal y como se deriva del art. 219.3 LEC.

Y la núm. 619/2022

7. De lo anterior no se deriva que exista una expresa prohibición de reserva de acciones para un proceso posterior. El art. 219.3 LEC establece la posibilidad de que pueda ejercitarse una acción meramente declarativa y reservar para un proceso posterior la de condena a la determinación de los daños y perjuicios, frutos, rentas o utilidades o productos, si bien ello está condicionado, como resulta del resto del art. 219 LEC, a que no pueda llevarse a cabo la cuantificación ni directamente ni por medio de bases. A lo que no autoriza el ordenamiento es a fraccionar el contenido ordinario de un proceso de formar arbitraria, buscando ventajas que el ordenamiento jurídico no tutela.

8. En el caso en examen, no existía nada que impidiera (y justificara) que la pretensión de condena al pago de cantidades pudiera quedar demorada para un proceso posterior, si es que esa era realmente su voluntad, salvo el hecho de que la parte no dispusiera de las facturas correspondientes que pudieran justificar su pretensión de condena. En tal caso, el pronunciamiento declarativo sería baldío y solo estaría al servicio de permitir al letrado que firma la demanda reclamar sus propios honorarios. Por tanto, lo que debe ser siempre accesorio en el proceso civil (la exacción de las costas) se terminaría convirtiendo en finalidad primaria del proceso y ello no resulta admisible. Los honorarios de los profesionales que asisten a las partes son muy respetables pero su defensa no puede convertirse en la única finalidad práctica del proceso civil, o cuando menos en su finalidad esencial.





SEXTO. DETERMINACIÓN DE LOS INTERESES LEGALES.

La Sección 15ª de nuestra Audiencia ha asumido la doctrina del TS sobre el devengo de los intereses legales desde el momento del abono de las cantidades por el consumidor, como se puede comprobar en su Sentencia núm. 201/2022:

SEGUNDO. Sobre la determinación de la fecha de devengo de intereses por la nulidad de la cláusula de imputación de gastos al prestatario.

6. La sentencia de instancia condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades entregadas con los intereses devengados desde que se produjo el pago.

7. Esta Sección había mantenido el criterio de devengo de intereses desde la sentencia, por cuanto las cantidades a las que era condenada la entidad financiera era en concepto de resarcimiento, al haberse entregado para que la entidad pagara a terceros.

8. El Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4236) ha considerado que las cantidades de referencia devengarán intereses a favor del prestatario desde que se pagaron: "El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, 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 pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

(...)

"para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)".

Por lo que procede confirmar la resolución de instancia.

SÉPTIMO. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS COSTAS PROCESALES.

La SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 456/2022 establece los criterios generales de la Sala al respecto:

SEGUNDO.- Costas procesales de primera instancia. Incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 . Estimación parcial de la demanda

1. El artículo 394.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, en relación a la condena en costas de la primera instancia, que si "fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19, Caixabank y BBVA, ECLI: EU: C:2020:578) nos obligó a revisar nuestro criterio. Dicha Sentencia declaró lo siguiente:





"5) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

3. Tras analizar detalladamente los fundamentos de la Sentencia, llegamos a la conclusión que la interpretación del artículo 394.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la Directiva 93/13 y el principio de efectividad llevaba a ensanchar el ámbito de la estimación sustancial, preservando, de un lado, que los gastos del proceso no constituyan una circunstancia que disuada al consumidor de recurrir al juez para que declare abusiva la nulidad de una cláusula, pero garantizando, de otro lado, que las entidades de crédito puedan defenderse ante pretensiones desorbitadas sin que se penalice su oposición. Por tanto, si la pretensión restitutoria se desestima íntegramente o se estima en una cantidad poco significativa respecto del total reclamado, lo que suele ocurrir cuando la reclamación comprende la restitución del IAJD, habría que aplicar el artículo 394.2º de la LEC y no imponer las costas de primera instancia a la demandada.

4. Sin embargo, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 35/2021, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2021:61), en un supuesto de nulidad de la cláusula gastos en el que no se acoge en su integridad la pretensión restitutoria (se rechaza el IAJD y la mitad de los gastos notariales), impone las costas de primera instancia al banco demandado de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020. Ello nos ha obligado a reformar nuestro criterio, para asumir el del Alto Tribunal. Por lo tanto, en los casos idénticos al resuelto por el Tribunal Supremo, en los que únicamente se haya desestimado parte de la acción restitutoria, el banco ha de asumir el pago de las costas de la primera instancia.

5. Sin embargo, cuando en la demanda, o en su ampliación, se ejerciten otras acciones de forma acumulada a la nulidad de la cláusula de gastos y de restitución de las expensas satisfechas por el consumidor, si la sentencia desestima en parte las acciones acumuladas, estaremos ante una estimación parcial de la demanda. Ello nos lleva a no imponer las costas a ninguna de las partes.

6. Esta última regla tiene también una excepción, que el banco haya actuado temerariamente. En este sentido hemos entendido que es temeraria la conducta de la entidad bancaria que continúa oponiéndose a la reclamación del actor, a pesar de que éste haya rebajado sus pretensiones en la audiencia previa, ajustándolas a la doctrina legal del Tribunal Supremo, dado al banco la oportunidad real de llegar a un acuerdo en ese acto. Por lo tanto, en ese supuesto procedería mantener la condena.

La Sala también se ha ocupado de analizar los supuestos en que, como se denuncia de ordinario en muchas contestaciones, procede evitar que la obtención de una condena favorable en costas se convierta en el objetivo principal del proceso, tal y como recoge su Sentencia núm. 117/2022:

16. Es cierto que hemos apuntado el riesgo de que el proceso se convierta en un fin en sí mismo y la condena en costas en el objetivo principal. Si se espera obtener por costas una cantidad varias veces superior a la que se tiene derecho como efecto de la nulidad de la cláusula gastos, la condena en costas puede convertirse en la razón de ser del propio proceso. Ese riesgo, sin embargo, no debe alterar los criterios de imposición de costas, según la doctrina del Tribunal Supremo. Debe conjurarse, eso sí, aplicando la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal Supremo sobre honorarios profesionales (SSTS de 6 de julio de 2007, 21 de julio de 2014 o 24 de febrero de 2020, trasladada después a resoluciones en incidentes de impugnación de la tasación de costas, como los autos de 4 de julio de 2018, 5 de febrero de 2019 y 22 de diciembre de 2020), según la cual los honorarios deben calcularse teniendo en cuenta tanto la cuantía del pleito como





el grado de complejidad del asunto y el esfuerzo, la dedicación o el estudio desplegado en función de las circunstancias del caso.

Insistiendo sobre la cuestión, la STS, del Pleno, nº 419 de 4 de julio de 2017 (rec. 2425/2015), establece que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado", por cuanto si se apreciara en estos casos las dudas de derecho como razón para no imponer las costas a la Entidad bancaria " se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas". En la misma línea, STS nº 472 de 17 de septiembre de 2020 (rec. 5170/2018).

El TJUE, en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19) se ha pronunciado sobre este aspecto señalando que las normas europeas de protección de los consumidores (arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13) y el principio de efectividad del Derecho de la Unión " se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales". De modo que, insisto, desaparece el criterio del vencimiento objetivo como base de determinación de las costas para pasar a un régimen propio de la normativa protectora de consumidores.

Finalmente, la STS 252/2022 establece:

3.- Decisión de la Sala. Estimación del motivo

Las exigencias previstas en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestras sentencias, en especial la nº 35/2021, de 27 de enero, conducen a que, estimadas las acciones de nulidad por abusivas de varias cláusulas, entre ellas la de gastos, aunque no se hayan estimado las pretensiones restitutorias, proceda la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado. Ello es conforme con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

Al haberse estimando íntegramente la demanda, procede imponer las costas a la parte condenada de acuerdo con el criterio general del vencimiento objetivo del artículo 394 LEC.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED] contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., y:

PRIMERO. Declaro la nulidad de las siguientes cláusulas contractuales incluidas en los contratos objeto de las actuaciones, las cuales quedan eliminadas de los mismos y conforme a los pronunciamientos particulares siguientes:

- A. La cláusula que impone a la parte prestataria el pago de los gastos notariales, registrales, de gestión y de tasación derivados de la celebración del negocio jurídico discutido.
- B. La cláusula que impone a la prestataria el pago de una comisión de apertura.

SEGUNDO. Condeno a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad de 1262 €





por el pago de la Comisión de apertura y 598,10 por el pago de los gastos , con los intereses legales desde la fecha de su pago por la actora.

TERCERO. Condeno a la parte demandada a abonar las costas procesales causadas. Contra esta Sentencia se puede interponer un recurso de apelación para su resolución por la Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se debe presentar en este Juzgado en el plazo de 20 días, con la acreditación de haber consignado el depósito legal de 50 euros y, de ser el caso, las tasas pertinentes. En caso de que el recurso se estime total o parcialmente, el depósito se devolverá a la parte recurrente; en otro caso, se perderá definitivamente y se ingresará en el Tesoro Público.

Lo mando y firmo.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació [REDACTED]
Data i hora 10/05/2023 09:06	Signat per Cardona Ibañez, Joan;	