

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 25
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14° - 5°

N.I.G.: 46250-42-1-2021-0036046

Procedimiento: Asunto Civil 001058/2021

SENTENCIA N° 496/2023

MAGISTRADO JUEZ QUE LA DICTA:

Lugar: VALENCIA

Fecha: Veintitrés de junio de dos mil veintitrés

PARTE DEMANDANTE:

Abogada: Dña. M.^a DOLORES RUBIO RODRIGO

Procurador:

PARTE DEMANDADA: CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C.

Abogado:

Procuradora:

OBJETO DEL JUICIO: Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de la parte actora, en la representación indicada, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó, en el sentido que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar en fecha ocho de junio de dos mil veintitrés,

se comprobó que subsistía el litigio, por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba conforme el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proponiéndose por la demandante y demandada documental teniendo por reproducida la acompañada a sus respectivos escritos. Una vez admitidas las pruebas pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429,8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó el juicio concluso para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Con la demanda rectora de estos autos, interesa la parte demandante frente a la entidad Cajamar Caja Rural, S.C.C., que se declare la nulidad de la cláusula quinta punto uno, de comisión de apertura, de las estipulaciones financieras de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha once de marzo de dos mil dieciséis, por ser una cláusula abusiva, establecida sin negociación, por causar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Asimismo, como consecuencia de esta declaración, se insta la condena de la demandada a reintegrar las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de dicha comisión, con base en lo dispuesto en los artículos 83 y 89.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con los artículos 5, 7 y 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Igualmente, y por las mismas razones, solicitó que se declarase la nulidad de la cláusula quinta punto cuarto de reclamación de posiciones deudoras.

La parte demandada se opone a la nulidad de dichas cláusulas de establecimiento de comisión de apertura y de reclamación de posiciones deudoras.

SEGUNDO.-Pues bien, no existe defecto legal en el modo de proponer la demanda por la consideración de la cuantía del pleito como indeterminada por cuanto, conforme la sentencia de veinticinco de enero de dos mil veintidós, de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, remitiéndose a las de fechas 27 de julio de dos mil diecinueve, veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno o veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, la misma no determina ni la clase de procedimiento ni la procedencia de la casación, y sin perjuicio de señalar que se ajusta a derecho su consideración de la misma como indeterminada, siguiendo el criterio defendido por la Ilma. Audiencia Provincial de las

Islas Baleares, de 26 de abril de 2018, que señala que *"precisamente porque la acción que de manera principal que se ejercita con la demanda, es la nulidad de una de las cláusulas del contrato de préstamo, la fijación que se efectúa en la demanda, como de cuantía indeterminada, es plenamente conforme a derecho, con independencia del alcance y efectos que produzca la nulidad para el caso de que prosperase dicha acción, lo que sería una consecuencia de la nulidad y no una acción propia o independiente de la acción principal. Consideramos que no nos encontramos en ningún supuesto de acciones acumuladas del artículo 252.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con una acción principal de nulidad con su efecto de eliminación de la misma del contrato, y una restitutoria de la devolución de prestaciones derivada de la cláusula, sino ante el ejercicio de una acción de nulidad, con relación a la cual se solicita la restitución de las prestaciones, como consecuencia ex lege de dicha nulidad, y por así disponerlo el artículo 1.303 del Código Civil. Se aprecia una notable dificultad de cuantificar, pues alguno de los gastos de dicha cláusula anulada es posible que pudieren producirse en el futuro. En consecuencia, se estima dicho motivo del recurso, y se declara que la cuantía del procedimiento es indeterminada"*, y en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cláusula de establecimiento de comisión de apertura, y el control al que puede ser sometida, debe tenerse presente conforme al artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que *"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"*.

Resulta por tanto, que como así se desprende de la sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo, es requisito, entre otros, para que una cláusula pueda ser calificada como condición general de la contratación, que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, 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.

Señala la indicada sentencia número 241/2013, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo

tenor *"se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*.

Y también se dice en esta sentencia, que *"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."*

Resulta por tanto que es el empresario o profesional quien debe pechar con la carga de probar que la cláusula contractual se ha negociado individualmente.

Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso, como se exigen en la sentencia 265/2015 del Tribunal Supremo, de 22 de abril, *"(...) que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta."*

Así las cosas, puesto que no consta la negociación individual de la cláusula de autos, debe calificarse de condición general de la contratación, pues se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina. Requisitos que según la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, son: a) La contractualidad, es decir que se trate de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no derive del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) La 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. c) La 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. Y d) la 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.

Dicho esto, resulta que con la mera aportación del documento en que se solicita la operación no puede sin más deducirse que la cláusula atacada sea fruto de la exigida negociación individual, como tampoco de la intervención de Fedatario Público en el otorgamiento, tal y como señala la Sección 9ª de la Audiencia provincial de Valencia en Sentencia 374/2018, de 4 de mayo.

TERCERO.- Cláusula de Reclamación de Posiciones Deudoras. Con respecto a la misma, debe atenderse a lo señalado en la Sentencia de 22 de diciembre de 2022 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que señala: *"Delimitado en síntesis el objeto de apelación, debe inicialmente destacarse que la abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras ha sido examinada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 566/2019, de 25 de octubre.*

Los criterios señalados por el Alto Tribunal suponen una confirmación de los que venía ya sosteniendo esta Sección 9ª y que se han mantenido con posterioridad.

Asimismo, han de destacarse los siguientes aspectos:

1. Su carácter automático.

2. No discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota a su vencimiento para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de la comisión.

3. No identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo.

En conexión con este último aspecto, y como advierte el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia número 566/2019, "no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de

teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial)".

En este punto, además, la Sentencia 566/2019 invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

"En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, no obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen". A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva".

Procede, en consecuencia, apreciar el carácter abusivo de la cláusula con base en los artículos 85.6, 87.5 y 88.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ello determina su nulidad (artículo 83 del propio Texto Refundido y artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación), y la consiguiente desestimación del recurso"...

En cuanto a su naturaleza, esta cláusula contiene todas las condiciones enumeradas en esta jurisprudencia para ser considerada abusiva. Se aplica de forma automática por el mero retraso en el abono de la cuota hipotecaria, de forma inflexible, con un importe fijo, que se fija a tanto alzado el margen de las gestiones o servicios que efectivamente se puedan llevar a cabo y desconectado del concreto coste sufrido por la entidad por esas gestiones; que tampoco acredita que no

formen parte de su labor cotidiana, que ni siquiera son acreditados por la entidad recurrente.

Los argumentos expuestos por la recurrente no desdicen la doctrina anterior. Así, no ha presentado ninguna prueba que acredite que al tiempo de la contratación existió negociación con la parte actora. Mucho menos ha acreditado que el consumidor tuviera una posibilidad de modificar o excluir determinadas cláusulas, pues la minuta de la escritura fue redactada por la entidad. Y por último, tampoco ha acreditado que dicho importe responda a una gestión efectivamente llevada a cabo por la entidad que les genere ese gasto en cada ocasión."

Lo anterior supone que debe estimarse la pretensión declarando el carácter abusivo de la cláusula, al concurrir en la presente causa las circunstancias examinadas en la doctrina reseñada.

CUARTO.- Cláusula de Apertura. Debe partirse del contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2023, en el que dicho tribunal subraya (párrafo 31) que la exigencia de transparencia *"debe entenderse 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 evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C 224/19 y C 259/19, EU:C:2020:578, apartado 67 y jurisprudencia citada)."*

Y añade *"32 Ciertamente, de esa jurisprudencia no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales. No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el*

consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C 621/17, EU:C:2019:820, apartado 43).

33 Es jurisprudencia asentada que 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 cuentan 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 (sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C 224/19 y C 259/19, EU:C:2020:578, apartado 68 y jurisprudencia citada).

(...)

35 A tal respecto, en el apartado 70 de la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C 224/19 y C 259/19, EU:C:2020:578), el Tribunal de Justicia puntualizó que incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C 143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

(...)

39 Por lo que atañe a la valoración del carácter claro y comprensible de tal cláusula, la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia indica que 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 deriven 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

40 En esa valoración deben tomarse en consideración, en particular, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 33 de la presente sentencia, el tenor de la cláusula examinada, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario, incluida la que esté

obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente, y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz."

En cuanto a los elementos a tomar en consideración para efectuar dicho análisis, el TJUE deja sentados los siguientes extremos:

- La notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible.

- La información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional es un elemento pertinente para la valoración del carácter claro y comprensible, al igual que lo es, con carácter general, la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato.

- Debe tomarse asimismo en consideración, como información ofrecida por el prestamista en el contexto de la negociación del contrato, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito.

- Puede tomarse en consideración la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

- La ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula.

Y siguiendo con el análisis de la comisión de apertura, en los términos en que se planteó la cuestión prejudicial por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el TJUE, en el apartado 51 de la indicada sentencia, señala que *"en cuanto a la existencia de un posible desequilibrio*

importante, su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro."

Y después de indicar "que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, (...) incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato" concluye señalando que "una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo."

A raíz de la anterior resolución, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 29 de mayo de 2023, dictó sentencia en el asunto que había dado lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, conteniendo, con respecto a la comisión de apertura, de la que postula un examen individualizado, caso por caso, descartando así una solución unívoca, los siguientes razonamientos, una vez rectificadas su doctrina anterior, y sentado definitivamente que la comisión de apertura no forma parte de los elementos esenciales del contrato, en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, por lo que puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente:

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

1.- Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la validez o

invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

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

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

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

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». (...)

5.- En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en

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

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

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

7.- Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.

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

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

Partiendo de estos criterios jurisprudenciales, y siendo que como se ha señalado, la comisión de apertura no puede ser considerada como parte del precio, en la escritura de once de marzo de dos mil dieciséis, el tenor literal de la

cláusula es el siguiente: **"-Comisión de apertura: Se devengará a favor de Cajamar Caja Rural, por una sola vez, una comisión de apertura del 0,500 por cien sobre el nominal del Préstamo, con un mínimo de TRESCIENTOS EUROS (300,00 EUROS), que será adeudada en la cuenta del Préstamo, y en la misma fecha de su abono."**

Con relación a la información precontractual proporcionada a la parte demandante por la entidad bancaria, esta no aportó ningún ejemplar de las tarifas de comisiones al que hace alusión el Tribunal Supremo en la referida resolución, ni siquiera la ficha de información personalizada dada a los consumidores, ni la oferta vinculante.

De este modo, no es ya que no se ha demostrado que se hayan prestado los servicios efectivos a los que obedecía la comisión que se estaba aplicando, puesto que no consta ni un mero estudio previo a la firma del contrato, en el cual se hicieran constar la valoración de los honorarios de quienes realizaron el mismo y el tiempo dedicado a su elaboración, sino que, en este concreto supuesto ni siquiera consta cuáles eran esos servicios, ni el motivo por el que se procede a fijar en una cifra, del 0,50 por ciento del importe del principal dispuesto, su cuantía.

En los expedientes administrativos debe quedar constancia de la realización de, al menos, los servicios esenciales que a través de esta comisión se retribuyen, tales como un estudio sobre la solvencia del cliente, el análisis de su situación económica, las consultas efectuadas a otras entidades bancarias, la recopilación de documentación, entre otras, lo que no consta aportado al presente procedimiento, no siendo tal un mero informe como el aportado con la contestación a la demanda, careciendo de todo valor un informe pericial absolutamente generalista y no circunscrito siquiera a la fecha en que se firmó la operación crediticia hoy objeto de conocimiento, y en que no se procede a detallar, ni siquiera a estimar de forma alguna, el efectivo coste de dichas labores de estudio y análisis de riesgo.

De este modo, en este caso concreto, de la lectura de dicha escritura pública, no es posible deducir que el prestatario estuvo en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de dicha cláusula, singularmente de 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, siendo que, como señala la sentencia de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 22 de diciembre de dos mil veintidós, en su análisis de otra cláusula contractual pero que entiende este juzgador también es aplicable a la que nos ocupa, la misma es abusiva dado su carácter automático y establecer su importe *"de forma inflexible, con un importe fijo, que se fija a tanto alzado el margen de las gestiones o servicios que efectivamente se puedan llevar a cabo y desconectado del concreto coste sufrido por la entidad por esas gestiones; que tampoco acredita que no formen parte de su labor cotidiana, que ni siquiera son acreditados por la entidad recurrente."*

En consecuencia, la cláusula se reputará abusiva y nula, y la entidad deberá restituir su importe al actor, más los intereses reclamados, al tipo legal del dinero desde la fecha del pago (la de la escritura) hasta la de la demanda, no estando ante un ejercicio desleal del derecho o retraso injustificado de la acción por los consumidores en defensa de sus derechos, habiendo accionado al tener conocimiento, como se puede deducir del contenido de la sentencia de ocho de septiembre de dos mil veintidós del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del carácter abusivo de la cláusula contractual que les fue impuesta por la contraparte hoy demandada.

Lo anterior supone que debe estimarse la pretensión declarando el carácter abusivo de la cláusula, al concurrir en la presente causa las circunstancias examinadas en la doctrina reseñada, con la restitución acumulada.

QUINTO.- En materia de costas, debe seguirse el criterio introducido por la Audiencia Provincial de Valencia, en su Sección Novena, en la Sentencia, entre otras, de 12 de marzo de 2019, que señala que estimando la acción principal de nulidad de forma integral, debe considerarse que existe una estimación sustancial de las pretensiones de la demanda.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr., en nombre y representación de D....., frente a la entidad mercantil CajamarCaja Rural, S.C.C., declaro nula la cláusula financiera quintapunto primero, de comisión de apertura, contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha oncede marzo de dos mil dieciséis, suscrita entre ambas partes,

condenando a la demandada a restituir al actor las cantidades indebidamente pagadas por importe total de TRESCIENTOS EUROS (300 €), más intereses legales desde su pago y los intereses de mora procesal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución, y declaro nula la cláusula financiera quinta punto cuarto, de comisión por reclamación de posiciones deudoras, contenida igualmente en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha once de marzo de dos mil dieciséis.

Con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal.

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de **apelación** contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (JJJJ 0000 CC EEEE AA) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

