



SENTENCIA Nº 0/2022

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

Don Luis Shaw Morcillo

MAGISTRADOS

D. Ángel-José Sánchez Martínez

D. Miguel Ángel Aguilera Navas

En Málaga a 1 de junio de 2022.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Málaga, autos nº 0/19, rollo de apelación de esta Audiencia nº 0/21, demanda a instancia de D^a., representada por el procurador D., y defendida por el abogado Víctor Bazaga Ceballos, y parte demandada la entidad UNICAJA BANCO, SA, representada por el procurador D., y defendida por el abogado D..

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia



Url De Verificación			



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha de 28/12/20, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la DEMANDA formulada por la parte demandante, , contra la entidad demandada, UNICAJA BANCO, SA, y en virtud de ello:

1.) Se declara la nulidad de la cláusula relativa a la imposición de los gastos a la parte prestataria hipotecante, de la cláusula que establece la comisión de apertura, y de la cláusula de intereses de demora, contenidas en las estipulaciones quinta, cuarta y sexta, de la escritura pública de préstamo hipotecario, de fecha 07-04-06, otorgada en Málaga, ante el notario, , con el número de su protocolo, cláusulas que se eliminan y se tienen por no puestas, debiendo abstenerse la entidad demandada de aplicarlas en lo sucesivo, manteniéndose la vigencia del contrato sin aplicación de las mismas.

2.) Se declara que, como consecuencia de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, el préstamo hipotecario devengará, incluso en caso de incumplimiento en el pago de sus cuotas, el interés remuneratorio pactado.

3.) Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula de imposición de gastos declarada nula, ascendentes a la suma total de 660,05 euros.

4.) Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte demandante la cantidad cobrada indebidamente en aplicación de la





cláusula que establece la comisión de apertura declarada nula, ascendente a la suma de 1.875,00 euros.

5.) Se desestima la pretensión de abono de la suma de 420,00 euros, pagados como exceso de impuesto de actos jurídicos documentados, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora.

6.) Se condena a la entidad demandada al pago del interés legal de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de las cláusulas anuladas, desde la fecha en que se efectuó cada uno de los pagos por parte del consumidor y hasta la fecha de esta sentencia; devengando, a su vez, dichas cantidades el interés de mora procesal establecido en el art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago.

7.) Se declara que, en relación con las cláusulas relativa a la imposición de los gastos a la parte prestataria hipotecante, de intereses de demora y la que establece la comisión de apertura objeto de este juicio, las consecuencias económicas de su aplicación entre las partes del préstamo hipotecario, quedan agotadas con las fijadas en la presente sentencia.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas por razón del presente proceso."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por en tiempo y forma, recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia. Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 6ª se formó el rollo correspondiente





y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día de hoy en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Shaw Morcillo.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de instancia declara la nulidad de las cláusulas de comisión de apertura, interés de demora y gastos; consecuencia de la nulidad de la primera de ellas condena a la entidad bancaria a abonar la cantidad de 1.875 euros. Todo ello con imposición de las costas de instancia a la parte demandada.

Por la apelante se recurre la sentencia en solicitud se declare la validez de la cláusula de comisión de apertura.

Segundo.- La comisión de apertura la entendemos como la repercusión al prestatario de costes de gestión para la concesión y preparación del préstamo; englobaría cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (así se deriva de la Ley 2/2009, de 31 de marzo). Las comisiones bancarias en general, y las comisiones de apertura en particular, son objeto de regulación legal en diversos





preceptos. Así Orden Ministerial de 12/12/1989 (sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a nivel europeo, aunque no hay una regulación específica, el apartado 13 del artículo 4 de la Directiva 2014/17/UE define el coste total del crédito para el consumidor, remitiéndose al artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE, que delimita su ámbito con la inclusión de todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista.

Las Sentencias del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero consideraron que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo. Al contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Por esa razón, entendía que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos





hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio” dando lugar a la validez de la cláusula.

Sin embargo, la STJUE de 16 de julio de 2020 señaló 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”. Y añadiendo posteriormente “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”.





En el presente caso no aparece acreditados cuales son estos servicios o gastos que haya podido tener el prestamista. Debe tenerse en cuenta la STJUE de 3/9/20 con relación a estas obligaciones del consumidor que no constituyen reembolso del principal o intereses, como sería la comisión de apertura que si bien admite que la Directiva 93/13, en su versión modificada por la Directiva 2011/83, no impide al profesional cargar al consumidor una parte de los gastos generales relacionados con el ejercicio de su actividad económica, es necesario que los mismos especifique la naturaleza de esos gastos y los servicios que pretenden retribuir, de modo que el prestatario conozca sus obligaciones y a las consecuencias económicas de esas cláusulas; sin que esos costes puedan crear un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor cuando pone a cargo de este gastos desproporcionados respecto de las prestaciones y del importe de préstamo recibidos. No le basta a la entidad financiera aducir que la concesión del préstamo le genera unos costes de examen de la solvencia; deben justificarse la naturaleza y servicios a que responde esa comisión y cuantificar aunque sea aproximativamente a la comisión cobrada el coste de los mismos.

Por tanto, no habiéndose verificado tales extremos, tal cláusula se considerar abusiva en virtud de lo dispuesto en el art. 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en virtud de las cuales se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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; siendo nulo el pacto en si mismo al no acreditarse que responda a servicios prestados (afectando pues al equilibrio en la relación entre las partes y al concepto de abusividad contenida en el art. 89.5), debiendo la entidad financiera devolver al consumidor lo abonado por tal concepto.

Tercero.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

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

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Málaga con fecha 28/12/20, autos nº /19, debemos confirmar la resolución recurrida, con imposición al apelante de las costas ocasionadas en esta alzada, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.





Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil, en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado del que dimana para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

