



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4
VALLADOLID**

SENTENCIA: 01459/2021

Laura Uriarte
PROCURADORA
06-05-2021
NOTIFICACION

CALLE NICOLAS SALMERON NUM. 5, 3ª PLANTA, VALLADOLID
Teléfono: 983413390-983216603, Fax: 983413264 FAX
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MBA
Modelo: N04390

N.I.G.: 47186 42 1 2020 0012603

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001741 /2020

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. LAURA URIARTE NIETO

Abogado/a Sr/a. AITOR MARTIN FERREIRA

DEMANDADO D/ña. BANCO SABADELL S.A
Procurador/a Sr/a. MARIA LUZ LOSTE VERONA
Abogado/a Sr/a. PEDRO GENOVÉ PASCUAL

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUM. CUATRO
VALLADOLID

S E N T E N C I A N° 1459/2021

En Valladolid, a tres de mayo del año dos mil veintiuno.

Vistos por **DOÑA EVA PLATERO ARANDA, Magistrado-Juez** del Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de esta ciudad y su Partido, los autos de **Juicio Ordinario**, sobre nulidad de cláusula abusiva, seguidos con el núm. **1741/2020**, promovidos por el Procurador DÑA. LAURA URIARTE NIETO, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra **BANCO SABADELL**,

representado por Procurador DÑA. MARÍA LUZ LOSTE VERONA; procede, en nombre de S.M. el Rey, a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Procedente de la Oficina de reparto de asuntos civiles, se recibió demanda de Juicio Ordinario, sobre acción de nulidad de cláusula suelo, presentada por el DÑA. LAURA URIARTE NIETO, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra **BANCO SABADELL**, representado por Procurador DÑA. MARÍA LUZ LOSTE VERONA, en la que, exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los Fundamentos de Derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación, finalizara dictándose Sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de las partes demandadas, para que en el término legal, compareciera en autos asistida de Abogado y Procurador y contestara aquélla, lo cual verificaron en tiempo y forma alegando lo que a su derecho convenía y con los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación.

Tercero.- Que se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar en fecha 29/4/2021, en la que se propusieron y se admitieron las pruebas correspondientes a las partes. Que dado que la única prueba fue la documental, tras su práctica, quedaron los autos sobre la mesa a fin de dictar la presente resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 429.8 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En los presentes autos la parte actora ejercita una acción de nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de constitución de crédito hipotecario alegando en resumen: Que el demandante es consumidor. Que la cláusula no fue negociada individualmente. Que la demandada no dio la información suficiente. Que la cláusula era oscura sin haber hecho simulación de escenarios. Solicita que sea condenada en costas la parte demandada.

Frente a estas alegaciones la demandada contestó a la demanda oponiéndose y alegando en resumen la claridad de la cláusula, así como el suministro de información suficiente y anticipada, asumiendo la demandante los términos en los que fue pactada la cláusula referida. Asimismo, manifiesta que el contrato ha sido renegociado mediante pacto privado sin que pueda entenderse que existe error excusable a la hora de comprender las condiciones del mismo. Por ello, solicita que se desestime la demanda y se condene en costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- La primera cuestión que debe ser resuelta es la alegada por la parte demandada y referida al contrato privado que fue firmado por las partes el 5/2/2016 en el que se fijaron nuevas condiciones de contratación fijando un tipo de interés diferente. Para solventar esta cuestión acudiremos al criterio fijado por nuestra Audiencia Provincial, y en concreto a la Sentencia de fecha 27/5/2020 en la que expresamente se dispone lo siguiente: "**SEGUNDO.** - *Centrado en estos términos el recurso, en relación con el motivo fundamental del mismo, en el que se impugna no la declaración de nulidad de la cláusula suelo "inicial" contenida en el contrato inicial de préstamo hipotecario de fecha 22 de julio de 2005, sino la declaración de nulidad del acuerdo de 28 de julio de 2016. Este pacto privado de revisión de condiciones financieras de préstamo modifica el tipo de interés mínimo,*

que será del 1,50 % en lugar del 3% inicialmente pactado, durante el periodo de vigencia (desde el 23/08/2016 hasta el 23/01/2020); y finalizado este, el tipo aplicable se determinará conforme a lo previsto en la escritura de préstamo, Euribor mas un diferencial, si bien no será de aplicación del tipo mínimo pactado.

Sobre esta cuestión resulta obligado, como decíamos en las sentencias de esta Sala de 8 de marzo de 2018 y 21 de mayo , 28 de junio y 22 de julio de 2019 entre otras , traer a colación lo establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de octubre de 2017 al señalar que "5.- Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre , y las que en ella se citan).

6.- La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada.

7.- El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil , en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.- Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

9.- En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación".

TERCERO. - *El supuesto que nos ocupa no se diferencia en lo sustancial de la situación valorada por el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita. Nos hallamos ante una mera novación de una obligación (la primitiva) nula de pleno derecho por abusiva, que en ningún caso puede calificarse como de un acto inequívoco de la voluntad de convalidación o confirmación del contrato, sino de un mero intento al que se vieron abocados los prestatarios para paliar los efectos negativos producidos por la cláusula declarada nula, mediante la sustitución por otro tipo fijo durante un periodo de tres años y medio y finalizado el mismo la eliminación del suelo, aplicándose durante el resto de la vida del préstamo el tipo variable inicialmente pactado de Euribor mas diferencial, por lo que no puede ser alegada la existencia de este pacto privado para oponerse a la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula discutida en este procedimiento, pues, como se indica en las sentencias citadas en la resolución recurrida, con fundamento en doctrina del TJUE, no es posible convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra más favorable a los intereses del consumidor, aparentemente negociada con una limitación del tipo de interés inferior al inicialmente fijado en el contrato, pues como ha declarado el Tribunal Supremo, de acuerdo con la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia de 19 de noviembre de 2015).*

Por otra parte, frente a lo alegado por la apelante y como acertadamente señala el juzgador de instancia, el contenido del acuerdo modificativo cuestionado no es equiparable al tratado en la sentencia citada por aquella de 11 de abril de 2018 , ya que no concurren las condiciones ni los presupuestos precisos para poder entender que estamos en una transacción. Entre otras diferencias, no existe una manifestación por parte de los prestatarios de renuncia, ni clara y terminante ni de ningún tipo, a ejercitar cualquier acción que traiga causa propia de la transacción, como es la de evitar una controversia judicial sobre la validez de la cláusula de referencia y sus efectos, ni se puede dar a dicho acuerdo un alcance jurídico convalidatorio de pactos anteriores, sino únicamente un intento de los prestatarios de minimizar los perjuicios que estaban sufriendo en la medida en que la entidad de crédito lo permitía en el documento predispuesto por la misma, por lo que consideramos este motivo de oposición no puede tener acogida.

A mayor abundamiento es cierto que este documento privado se firma en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia. Sin embargo la entidad apelante no ha acreditado el cumplimiento de los deberes de transparencia que la incumbían cara a la suscripción del documento privado en cuestión, pues, a diferencia del caso analizado por la STS de 1-4-2018 antes citada, no se transcribe de puño y letra por los prestatarios texto alguno en el que afirmen ser

conscientes y entender que el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del suelo inicialmente pactado. Tal y como afirma la citada STS, la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio: «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.».

Reseñar también que por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la firma de ese documento privado es preciso comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en su suscripción, tanto si se considerase se trata de una novación o de una verdadera transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentado, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación, es decir que se reducía el límite mínimo del interés en un corto periodo, que reconocían la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato originario, y en caso de considerarse transacción que renunciaban al ejercicio de cuantas acciones les competieran para la declaración de nulidad de la cláusula suelo y para la

reclamación de las cantidades que hubieran abonado en exceso por su aplicación desde el inicio del préstamo mas sus legales intereses desde la fecha de cada pago, es decir de las importantes consecuencias jurídicas y económicas que ello les comportaría. Al efecto cabe reseñar que en el documento privado en cuestión, pre-redactado por la entidad prestamista en un impreso estandarizado, nada se advierte en tal sentido, ni obra prueba alguna de que en otro documento complementario o verbalmente se hubiera proporcionado la suficiente información al efecto a los prestatarios. No consta se les informase ni de cual pudiera ser la suma a que ascendieran los intereses abonados en exceso por aplicación de la clausula suelo, a cuya reclamación supuestamente se dice renunciaban, ni tampoco de que estaba pendiente de resolver por el TJUE la cuestión planteada ante el mismo sobre la posible retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la clausula suelo, cuestión que se resolvió por sentencia dictada el 21-12-2016 , cuatro meses después de la firma de dicho documento, otorgando total retroactividad a dichos efectos desde que la clausula hubiera comenzado a aplicarse y no desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Consideramos en su consecuencia que el documento al que nos referimos no supera la debida transparencia y por tanto en ningún caso consideramos cabe reputarlo válido y eficaz".

Por tanto, aplicando el criterio de la Audiencia al caso concreto, no podemos entender que haya existido una modificación consciente por parte del demandado de las nuevas condiciones de financiación, sin que la entidad bancaria haya acreditado que haya procedido a dar una información transparente y comprensible para el demandado. Por otro lado, el documento presentado es un documento previamente redactado

por la Entidad Bancaria presentándose en un formato estándar y no adaptado a las circunstancias concretas.

La demandada no acredita la existencia de pacto privado alguno posterior, por lo que ninguna virtualidad tendrá para la resolución del procedimiento la alegación efectuada en este sentido.

En cuanto a la alegación llevada a cabo por la demandada, referente a la caducidad de la acción, cabe coincidir con lo que ha resuelto la Audiencia Provincial de Valladolid, y en concreto en Sentencia de fecha 14/7/2020 en la que expresamente recoge lo siguiente: " **Debe tenerse en cuenta, en relación con los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva, que precisamente por tratarse de una acción de nulidad absoluta o radical, ésta no está sujeta a plazo de caducidad, ni de prescripción, por lo que no existe límite para reclamar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades bancarias. No obstante, podría matizarse lo anterior en aquellos supuestos en los que se hubiera ejercitado de forma desleal la pretensión (doctrina del retraso desleal), o incluso el abuso de derecho, respecto de aquellas hipotecas que lleven tiempo canceladas y liquidadas, lo que no se observa en el caso que nos ocupa. A mayor abundamiento, no es cierto que no se pueda instar la nulidad o anulabilidad de un contrato/cláusula contractual una vez finalizado o extinguida la relación jurídica. Es más, en el terreno de la anulabilidad expresamente se contempla la posibilidad de ejercitar la acción una vez consumado el contrato, previendo un plazo de caducidad de cuatro años contados desde dicha consumación (art. 1301 CC) para aquellos supuestos en los que la misma se fundara en el error, dolo o falsedad de la causa. Por ello, no parece dudoso que también en los supuestos de nulidad absoluta sea posible ejercitar -sin límite de plazo- estas acciones en los casos de extinción del contrato por cumplimiento -anticipado- de las obligaciones contractuales".** Pues bien, en el presente caso, consta que el préstamo hipotecario no ha

sido cancelado, y por tanto, el ejercicio de una acción de nulidad no se encuentra sometido a plazo de prescripción ni de nulidad alguna, teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente transcrita.

TERCERO.- Entrando en el fondo de la cuestión planteada, se trata de dilucidar si en el presente caso procede declarar la nulidad de la cláusula pretendida por la parte demandante. Ha quedado probado que en fecha 19/5/2006 la demandante realiza una escritura de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual. En la hipoteca en que es concedida por la demandada, consta como cláusula un interés mínimo del 3,80%, modificado posteriormente mediante pacto de la misma fecha. Conteniendo una gran explicación farragosa para el cálculo general de los intereses con referencias a legislación.

En la práctica de la evolución de la hipoteca, la referida cláusula ha funcionado como cláusula suelo, es decir, que la demandante ha satisfecho un interés mínimo del 3,80% independientemente de la evolución general de los tipos de interés.

En este sentido, debemos considerar lo que ha dispuesto la Jurisprudencia en casos similares, tomando como ejemplo lo establecido en la SAP de Palencia de fecha 5/3/2015 y en la que literalmente se dispone lo siguiente: *Sobre si se ha o no de considerar como abusiva la referida estipulación, no está de más realizar un breve recorrido sobre lo que la legislación nacional y europea indican a respecto. En primer lugar, el art. 82.1 del RDL 1/2007 establece que 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. En segundo lugar, el art. 8 de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación donde se dice que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo en todo caso por tales las definidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y, en tercer lugar, la Directiva 93/13 que, en art. 3 , establece que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, que 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; en su art. 4 se dice que, sin perjuicio del artículo 7, 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; en su art. 6 se indica que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas; además, en el Anexo de esta Directiva se enumeran las cláusulas a las que se refiere el art. 3, apartado tres, comprendiéndose, entre otras, las que tengan por objeto o por

efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

Vista la indicada regulación legal, consideramos también necesario hacer una breve referencia a la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2.013 donde, entre otros pronunciamientos, se dice que "según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva, definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la 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; siendo preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente; para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido; mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si y, en su caso, en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la

prevista por el Derecho nacional vigente; asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas; el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual; 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 "

En el presente caso, sentado que el demandante es consumidor y que la demandada es una Entidad Bancaria, debemos concluir que la cláusula cuya declaración de nulidad se pretende debe prosperar. La redacción de la propia cláusula no es lo suficientemente clara como para poder entender que se trata de una cláusula suelo ya que se hace referencia a un tipo de interés variable referenciado en relación al EURIBOR, y posteriormente se menciona el interés mínimo que debe ser abonado del 3,80 % y que no es clara la redacción en cuanto a la referencia expresa de cláusula mínima. En la propia escritura se contiene una explicación farragosa y poco clara para el cálculo de los intereses apareciendo como camuflada la cláusula suelo cuya nulidad se pretende, sin que sea comprensible la redacción así como las referencias a las normas legales, para cualquier ciudadano con estudios mínimos y no especialmente cualificados. Por otro lado, no se ha probado por la demandada que se haya informado fehacientemente a la demandante sobre el significado concreto de la cláusula, produciéndose de manera automática un beneficio para la parte demandada, que se asegura el cobro de un interés mínimo y se

salvaguada de las posibles bajadas de intereses sin que el consumidor a cambio obtenga una contrapartida equitativa en sus prestaciones, produciéndose con ello un desequilibrio favorable a la Entidad. La redacción de la cláusula es compleja sin que sea comprensible para cualquier ciudadano medio sin que se haya acreditado que la demandante tenga conocimientos bancarios o financieros suficientes para poder comprender el significado real de la cláusula que estaba contratando. Por tanto, en el presente caso, debemos entender que la demanda debe ser estimada en su integridad ya que no aparece suficientemente clara la cláusula y debe ser declarada como abusiva y por tanto nula.

La estimación de la demanda implica que deba ser suprimida del préstamo hipotecario la cláusula que hace referencia al interés mínimo del 3,80% y el contenido en el posterior pacto debiéndose mantener el resto de la escritura y en particular los intereses que deben ser cobrados son los pactados variables con referencia al Euribor sin limitación alguna.

CUARTO.- Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el Art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Es por ello obligación de la parte demandada, la devolución de los intereses cobrados de más a contar desde el 19/5/2006 hasta la retirada cláusula con más los intereses legales.

QUINTO.-. Entrando en el fondo del asunto, procede analizar la cláusula quinta que contiene la obligación para el demandante de satisfacer todos los gastos derivados de la constitución de la hipoteca.

Pues bien, examinado el asunto, no cabe sino concluir que las cláusulas referidas deben ser declaradas nulas. Así, La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -considerando, entre otras cosas, que los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas en el ámbito del mercado común, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros, dentro del respeto de a los Tratados constitutivos, de garantizar una protección más elevada al consumidor- introduce el concepto de cláusulas abusivas en su art. 3, como aquellas " cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". El 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 y otras leyes complementarias -en adelante, TRLCU-, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, y asumiendo las funciones de ley nacional de transposición de la Directiva mencionada, prácticamente reproduce el concepto de cláusulas abusivas de la misma en su art. 82.1: " 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 ".

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada hayan sido objeto de negociación individual no excluye el control de abusividad del resto del contrato, siendo el empresario quien corre con el onus probandi de que una determinada cláusula ha sido debidamente negociada (art. 82.2 TRLCU). Añade el apartado 4 de dicho precepto legal que " En todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o e) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable ". El art. 83, en la parte que persiste tras la modificación efectuada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo , establece las consecuencias: " las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas ".

Al objeto de determinar las pautas necesarias para verificar si la introducción de una cláusula comporta un "desequilibrio importante" para las partes del contrato en perjuicio del consumidor, interesa reproducir la STJUE de 16 de enero de 2014, recaída en el asunto C-226/12 , en sus considerandos 20 a 24:

"20. [...] el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C- 415/11 , apartado 66 y la jurisprudencia citada).

21. A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

22. Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa 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.

23. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, 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, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

24. En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y

considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11 , apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71)".

En otro orden de cosas, debe tenerse presente, de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE , " 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 ". Por tanto, se establece una exclusión del control de contenido respecto de tales cláusulas, que según la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 , Kásler y Káslerné Rábai), son aquellas que regulan prestaciones esenciales del contrato y que como tales lo caracterizan, en contraposición a las cláusulas accesorias que no definen la esencia misma de la relación contractual. La razón de tal exclusión estriba, como ha señalado el TJUE en sus Sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13 , y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , en la ausencia de baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio.

Ahora bien, ello no empece para que dichas cláusulas no se sometan al llamado control de transparencia, control que, tal y como ha sido configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, las Sentencias de 9 de mayo de 2013 , 24 y

25 de marzo de 2015 , 22 de diciembre de 2015) supone la superación de un doble filtro:

a) un primer control de incorporación dirigido a garantizar que el adherente ha conocido -o al menos ha podido conocer- que el contrato contiene la cláusula cuestionada; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula.

b) un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran -o no- la cláusula en cuestión. En este sentido, la mentada Sentencia de 23 de diciembre de 2015 expresa que la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Por su lado, El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de

este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3° letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3° letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4°) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5°).

Basta recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC) . En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se

trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

Tras la STJUE de 16/7/2020, conviene analizar el criterio que al respecto ha adoptado el TS a la hora de proceder a la distribución de los gastos, y se conviene modificar el criterio que hasta entonces se había seguido. Pues bien, tras la STS de fecha 14 de agosto del año 2020, no cabe sino concluir que debe sostenerse lo que ya se venía aplicando con anterioridad a la hora de proceder a distribuir los gastos de constitución de la Hipoteca entre la Entidad demandada y el prestatario demandante en este procedimiento. El TS, se expresa en la referida sentencia en los siguientes términos:
ii) La doctrina jurisprudencial de esta sala ha sido confirmada por la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 .

En esta sentencia, se afirma que:

"[E]l hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes".

De modo que:

"[S]i estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la

Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar" (apartado 54).

En virtud de este razonamiento, la citada sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 responde a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre los efectos de la nulidad de la cláusula que se refiere a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca del siguiente modo:

"(...) el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la *Directiva 93/13* deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

iii) En definitiva, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que atribuye todos los gastos al consumidor no comporta que el banco deba restituirle los gastos que, según la ley, le corresponden pagar al consumidor, sino que debe analizarse en cada caso a quién corresponde satisfacer el pago con arreglo a la regulación vigente en el momento de la firma del contrato.

Por tanto, en el caso concreto, no ha existido ninguna negociación individualizada de las cláusulas cuya nulidad se pretende, siendo que la prueba documental la única practicada en el presente procedimiento que no prueba que efectivamente existiese una negociación individualizada de las cláusulas.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de las cláusulas que pretende la parte demandante.

Por lo expuesto, entendemos que en el presente caso, el Banco debió asumir la responsabilidad de informar al consumidor de la compraventa que estaba realizando y de las condiciones precisas para ello, procediendo con ello a declarar la nulidad de la cláusula ante la ausencia de prueba de la labor efectuada por el Banco para que el consumidor pudiera entender los términos que contrataba.

Los gastos de registro y de gestoría, deben ser asumidos en las proporciones que ya ha establecido el TS y sigue nuestra Audiencia Provincial, ya que es el Banco el que se ha visto beneficiado de la operación de compraventa sin asumir los gastos derivados de esa transacción comercial.

Por ello, la demandan debe ser estimada en su integridad debiendo el Banco abonar el 100% de los gastos registrales así como el 50% de los gastos de Notario y gestoría, como solicita la demanda en su escrito rector.

SEXTO .- La segunda cuestión que debe ser analizada, concierne a la cláusula 4.1 del contrato en la que se contiene la obligación por parte del prestatario de proceder al abono de la comisión de apertura de la hipoteca, y que asciende a la cantidad de 950€. El TS venía sosteniendo que esta cláusula forma parte principal del contrato de constitución de la hipoteca y de concesión del crédito, sosteniendo que no debía ser declarada nula, sin que fuese exigible al Banco acreditar los concretos servicios prestados para proceder a solicitar el abono de tal cuota. Esta decisión, trajo consigo que la mayoría de las resoluciones dictadas en esta materia, fuesen desestimatorias de la pretensión de nulidad de la cláusula que contenía la comisión de apertura. Sin embargo, tal situación debe ser interpretada de forma distinta, al amparo de lo

resuelto en la sentencia del TJUE de fecha 16/7/2020 en la que expresamente se recoge:

"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 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, Andriciuc 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 adquiriera 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”.

En el caso concreto, la única prueba llevada a cabo en el presente procedimiento, ha sido la prueba documental, sin que el Banco haya acreditado suficientemente cuáles han sido las concretas gestiones realizadas para proceder a cobrar unos servicios, que no ha quedado demostrado que efectivamente haya cobrado. Con ello, se produce un claro desequilibrio ya que la Entidad Bancaria tiene una posición de fuerza frente al consumidor que no ha podido negociar particularmente la cláusula que ahora se declara nula, o más bien, no han quedado acreditadas las concretas negociaciones llevadas a cabo entre las partes. Por su lado, tampoco se ha probado que el demandante pudiese optar por otra comisión o bien exigir la acreditación de las concretas gestiones efectuadas por el Banco y en su consecuencia, cobrar por estos servicios. Las gestiones efectuadas por el Banco, son las propias de su función, sin que se haya acreditado en el caso concreto, que efectivamente debió realizar otros servicios que supusieran la necesidad de cobrarlos. Por ello, entendemos que en este caso, la comisión de apertura, debe ser declarada nula, y en consecuencia deberá procederse a restituir al demandante, la cantidad abonada por ello.

SÉPTIMO.- La estimación sustancial de la demanda implica la condena en costas a la parte demandada según lo establecido en el artículo 394 de la LEC.

Vistos los Artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que estimando sustancialmente la demanda presentada por el Procurador DÑA. LAURA URIARTE NIETO, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra **BANCO SABADELL**, representado por Procurador DÑA. MARÍA LUZ LOSTE VERONA declarando la nulidad por abusiva de la cláusula que establece el interés mínimo del crédito hipotecario en el 3,80% contenida en el contrato de constitución de préstamo hipotecario por el demandante ante notario el 19/5/2006 así como el pacto posterior. Condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, con obligación de restituir lo cobrado de más desde el día de la firma de la hipoteca con más los intereses conforme dispone el cuerpo de esta resolución, y que en lo sucesivo aplique la cláusula pactada de interés variable con la referencia al Euribor sin limitación alguna.

Declaro la nulidad por abusivas de la cláusula relativa a los gastos de la hipoteca contenidas en la cláusula quinta del contrato, condenando al demandado a que abone al actor la cantidad correspondiente al 50% de los gastos de Notaría y Gestoría y 100% de los gastos de registro de la propiedad (936,35€), más los intereses legales desde que fuera efectuado el pago, y asimismo, Declarar la nulidad de la cláusula 4.1 que contiene la comisión de apertura, condenando



a la demandada a abonar al actor la cantidad de 884€, con más los intereses en la forma dispuesta en el cuerpo de esta resolución

Con imposición a la parte demandada de las costas causadas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación, ante este mismo Juzgado, en el plazo de **veinte días** a contar desde el siguiente a su notificación.

Así, por esta mi Sentencia, la pronuncia, manda y firma, **DOÑA EVA PLATERO ARANDA, Magistrado-Juez** del Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de los de Valladolid y su Partido.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.