

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00274/2021

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2018 0008655

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000818 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001668 /2018

Recurrente: MARIA PAZ MARTIN ELENA, ANTONIO MANUEL MARTIN MARTIN , SANTIAGO MARTIN ELENA

Procurador: LAURA URIARTE NIETO, LAURA URIARTE NIETO , LAURA URIARTE NIETO

Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA, AITOR MARTÍN FERREIRA , AITOR MARTÍN FERREIRA

Recurrido: CAJA BADAJOZ (IBERCAJA BANCO S.A.),

Procurador: MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO

Abogado: M^a JOSE COSMEA RODRIGUEZ

SENTENCIA NÚMERO: 274/2021

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA CARMEN BORJABAD GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA M^a VICTORIA GUINALDO LOPEZ

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

DON FERNANDO CARBAJO CASCON

En la ciudad de Salamanca a
veintiséis de abril de dos mil
veintiuno.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO nº 1668/2018** del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de esta Ciudad, **ROLLO DE SALA Nº 818/2020**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON SANTIAGO MARTIN ELENA y DOÑA MARIA PAZ MARTIN ELENA** representados por la Procuradora Doña Laura Uriarte Nieto y bajo la dirección del Letrado Don Aitor Martín Ferreira y como demandada-apelada **IBERCAJA BANCO S.A.**, representado por el Procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño y bajo la dirección del Letrado Doña María José Cosmea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 27 de octubre de 2020 por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 9 de esta Ciudad, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: “FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta y declaro la nulidad de la cláusula inserta en el contrato litigioso relativa al abono de gastos, condenando a la parte demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula en el sentido expresado en esta resolución, con los intereses legales desde la fecha de cada abono indebido.

Desestimo el resto de las pretensiones ejercitadas.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando, revoque la sentencia n° 1052/2020, de fecha 27 de octubre de 2020, recurrida y en su lugar dicte otra favorable a la parte recurrente, en los términos expresados en el suplico de nuestro escrito de demanda, en relación con los argumentos esgrimidos en el presente recurso.

Así mismo, imponga a la parte demandada/apelada a los intereses legales que correspondan, conforme a derecho, así como las costas de este pleito por ser preceptivas.

Por último, se revoque la sentencia n° 1052/2020, de fecha 27 de octubre de 2020 en lo que al pronunciamiento de las costas se refiere, en cuanto a la no imposición de las cosas a la parte demandada, y en su lugar se interpongan a la parte demandada al ver esta parte estimada íntegramente, en todo caso sustancialmente, su escrito de demanda en base al principio de vencimiento objetivo. Solicitando, asimismo, no se haga expresa imposición de las cosas causadas en esa instancia, salvo a quien se opusiere a nuestro recurso de apelación de forma temeraria o con mala fe, en virtud, todo ello, del artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando, dicte sentencia por la que se desestime el recurso de apelación interpuesto de contrario confirmando íntegramente en todos sus extremos la de primera instancia, con imposición de las cosas del recurso a la apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación **el día 24 de marzo de 2021**, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARIA VICTORIA GUINALDO LOPEZ**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida y objeto del recurso.

1º.- Por la procuradora Sra. Uriarte Nieto, en nombre y representación de Don Santiago Martin Elena y Doña María Paz Martin Elena, se formuló recurso de Apelación contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2020 dictada en Procedimiento Ordinario nº 1669 seguido en el juzgado de Primera Instancia nº 9 de Salamanca, cuya Parte Dispositiva reza del tenor literal siguiente: “Estimo parcialmente la demanda interpuesta y declaro la nulidad de la cláusula inserta en el contrato litigioso relativa al abono de gastos, condenando a la parte demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula en el sentido expresado en esta resolución, con los intereses legales desde la fecha de cada abono indebido. Desestimo el resto de las pretensiones ejercitadas. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.”

Motivos del recurso:

A)- En relación con la desestimación de la pretensión de nulidad de la Cláusula suelo y la propagación de la nulidad al documento privado de fecha 11 de junio de 2015 se alega:

- a)- Infracción de los artículos 2019, 216, 218, 326, 385, 386 y 459 de LEc.
- b)- Infracción del artículo 5.5 y 7 de LCGC, artículo 80.1 del TRLCU en relación con contratos celebrados con consumidores, el artículo 8,2 de LCGC en relación con la directiva 93/ 13 y artículo 82.1 del TRLCU.
- c)- Infracción de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, artículo 5.
- d)- Error en la valoración de la prueba e incongruencia del juez ad quo.

Se argumenta que el préstamo se suscribió en fecha 11 de abril de 2007, para la adquisición de vivienda habitual de consumidor, que la carga de probar corresponde al banco y este no aportó prueba acreditativa de que informara a la parte actora en fase precontractual, no aportó folleto informativo ni oferta vinculante ni simulación de escenarios incumpliendo la orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

Se añade, que impugnada la prueba documental aportada con la contestación incluso la parte demandada renunció al interrogatorio de la actora, de modo que no existe prueba que acredite que la actora está informada tanto de la cláusula suelo como del documento privado de Novación de fecha 11 de junio de 2015, documento en el que faltan incluso la firma de una prestataria y las firmas de los fiadores solidarios.

Se critica que el juzgador considere abusiva la cláusula gastos por no superar el doble control de transparencia y sin embargo no haga la misma apreciación respecto a la Cláusula de comisión de apertura y la cláusula suelo.

Se cita jurisprudencia aplicable al caso del TS, TJUE y jurisprudencia menor de las Audiencias.

B)- En relación con la pretensión de nulidad de la comisión de apertura.

- a)- Infracción de los artículos 2019, 216, 218, 326, 385, 386 y 459 de LEc.
- b)- Infracción del artículo 5.5 y 7 de LCGC, artículo 80.1 del TRLCU en relación con contratos celebrados con consumidores, el artículo 8,2 de LCGC en relación con la directiva 93/ 13 y artículo 82.1 del TRLCU en relación con el artículo 3.1 de la directiva 93/ 13 y con el artículo 82.1 de TRLCU.
- c)- Infracción de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, artículo 5.

d)- Error en la valoración de la prueba e incongruencia del juez ad quo.

Se argumenta que el juez a quo desestima argumentado que supera el doble control de transparencia aun partiendo de que se trata de una cláusula no negociada y se añade que el informe pericial aportado de contrario es genérico y fue impugnado su valor probatorio en la Audiencia Previa.

Se denuncia que no justifica un solo gasto concreto y se cita la sentencia del TJUE de fecha 16 de julio de 2020.

C)- Infracción del artículo 394 de LEC y Jurisprudencia del TJUE, sentencia de fecha 16 de julio de 2020.

Se alega que, la sentencia de instancia vulnera la doctrina del alto Tribunal en relación con la Directiva 93 / 13 CE y las costas.

Se solicita la estimación del recurso y se revoque la sentencia de instancia dictándose otra en su lugar que estime la demanda y se impongan las costas a la parte demandada.

2º- El procurador SR. Gómez Castaño, en nombre y representación de Ibercaja Banco SA. Formulo **oposición recurso deducido de contrario.**

a)- Se alega la validez de los acuerdos transaccionales con arreglo a la sentencia del TS de fecha 11 de abril de 2018, que se reproduce, así como sentencias posteriores del TS nº 580 y 581 de 5 de noviembre de 2020.

Se razona, que el documento privado suscrito por las partes de 2015 anterior a esta demanda trae causa de reclamaciones formuladas por la parte actora frente al banco para eliminar la cláusula suelo de modo que eran consciente de su existencia y efectos, y que en el renuncian a ejercicio de cualquier acción, de modo que se invoca la doctrina de los actos propios .se cita Jurisprudencia menor.

Se sostiene la validez de la renuncia expresa y mutua a ejercitar cualquier la acción, así como las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha cuya corrección reconocen. Se citan sentencia del AP de Madrid y Barcelona así como el artículo 1815 del CC.

Se reitera que la parte admite en el documento de novación haber recibido información.

b)- Respecto a la cláusula de comisión de apertura, se argumenta que tal como señala la sentencia impugnada, su redacción es completa y sencilla y que engloba

los servicios de estudio o evaluación de la operación financiera así como los gastos de formalización del préstamo, como se acredita con el informe de riesgo (PD nº 5) y pericial aportado (PD nº 6 de la contestación) acreditativa se dice de los costes directos de estudio y formolización de préstamos a consumidores .

Se solicita la desestimación del recurso con imposición de costas del recurso a la apelante.

SEGUNDO.- Examen de las actuaciones.

1º- Demanda de fecha 3-11- 2018 el suplico reza del tenor literal siguiente: "Se dicte sentencia en la que: *

1.- Se DECLARE LA NULIDAD de la cláusula de interés mínimo delas condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha11 de abril de 2.007, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario, y que viene unida como documento nº 2 del escrito rector; propagando su ineficacia al documento privado, de fecha 11 de junio de 2.015 y que procurara moderar/rebajar/novar la cláusula de interés mínimo; del que son titulares mis principales. Manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,75 %, fijados en aquella inicialmente, y de la posterior rebaja al 2,75 % "del interés fijo/cláusula suelo " a partir de junio de 2.015.

2.- Se DECLARE LA NULIDAD de la cláusula COMISIONES: Comisión de apertura de las condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha 11 de abril de 2.007, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario, y que viene unida como documento no2 del escrito rector.

3.- Se DECLARE LA NULIDAD de la cláusula: Gastos a cargo de la parte prestataria de las condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha 11 de abril de 2.007, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario, y que viene unida como documento no 2 del escrito rector. En los términos solicitados en los fundamentos fácticos del escrito de demanda, es decir en lo relativo a las partidas de TASACION DELINMUEBLE, GASTOS GESTORIÁ, GASTOS NOTÁRIÁ

4.- Asimismo, Se CONDENE a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora, de forma RETROACTIVA, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, desde su inicio y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, en aplicación del artículo 1303 del Código

Civil en relación con la normativa especial y la Jurisprudencia del TJUE, en reciente Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2.016; y que hasta la fecha de interposición de la presente demanda ascienden a DOS MILCUATROCIENTOS CUÁTRRO EUROS CON OCHENTA Y NUEVECÉNTIMOS (2.404,89 €) s.e.u.o.; cuantía total que deberá determinarse en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho periodo, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo de 3,75 % (en su defecto 2,75 % a partir de junio de 2.015), conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 1 % de diferencial, sin perjuicio de las bonificaciones, hasta fecha de la resolución que ponga fin a este procedimiento.

5.- Asimismo, se CONDENE A LA ENTIDAD demandada a restituir las sumas que indebidamente se hubiesen podido repercutir a la parte prestataria por aplicación de las citadas cláusulas de COMISION DE APERTURA y por los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, Gestoría y Tasación del Inmueble (a excepción del ITPYAJD) siguiéndolos criterios establecidos por la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca en el pleno no jurisdiccional, de fecha 19 de abril de 2.018, y que se acompañan como documento nº 1 al presente escrito rector, en relación con el criterio del Tribunal Supremo, por todas STS 15 de marzo de 2018. Criterios que damos por enteramente reproducidos, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Cantidades que, a mayor abundamiento, deberán DETERMINARSE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA, por la imposibilidad de esta representación procesal a determinarlas en este momento procesal.

6.- Sin perjuicio de los intereses legales que correspondan, de acuerdo con el criterio de nuestro Tribunal Supremo, por todas, STS n.º 334/2017, de fecha 25 de mayo de 2.017. Es decir, las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula declarada nula deberán ser devueltas con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de abono realizado a la demandada.

Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada en aplicación del principio de vencimiento cuasi objetivo, regulado en el artículo 394 L.E.C., así como por su temeridad y mala fe, al obligar a mi mandante acudir a la vía

judicial para hacer valer sus derechos, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión que nos ocupa “.

Con la demanda se acompaña en o que ahora interesa:

- a)-Reclamación extrajudicial de fecha 3-10-2018 (PD nº 6 de la demanda)
- b)- Contrato privado de fecha 13-7-2015 para la modificación del tipo de interés mínimo que pasa a ser de 3.750 % a 2,750 %, con cláusula estandarizadas y anexo de evolución de índices de referencia más habituales en mercado hipotecario (PD nº 4 de la demanda)

2º La contestación de fecha 26-12-2018 se opone las pretensiones deducidas con la demanda instando la imposición de costas a la actora.

Con la contestación se aporta de nuevo el documento denominado contrato privado para la modificación del tipo de interés mínimo, ya reseñado supra (PD nº 2 de la contestación).

Propuesta de riesgo para personas físicas del préstamo de 42.000 euros para adquisición de vivienda habitual (Pd nº 5) e informe pericial genérico sobre el coste que ha supuesto el estudio y el análisis de las operaciones financieras a minoristas respecto del total del importe formalizado en el año 2017 al grupo Ibercaja (PD nº 6 de la contestación).

3º - En la Audiencia previa celebrada en fecha 12-2-2019, a actora rectificó la cantidad reclamado en concepto de gastos ajustándolo al criterio del TS, **con renuncia de la tasación.**

La demanda impugno la renuncia de la tasación y ratificaron la contestación. Propusieron prueba documental y testifical / interrogatorio la actora y la demandada documental e interrogatorio de la actora

Por el juzgador se admitió la prueba de interrogadito de la actora y se señaló juicio para el día 27 de octubre de 2020, con posterioridad el banco, mediante escrito de fecha 22-10-2020 renunció a la práctica de la prueba y mediante diligencia de fecha 23 de octubre 2020 se suspendió la vista quedando los autos para sentencia.

4º - Ninguna actividad se ha desplegado para acreditar que la cláusula suelo contenida en los sucesivos contratos suscritos -de préstamo y novación- por las partes fuera producto de una negociación desarrollada con sometimiento y

cumplimiento de los presupuestos exigidos en la Directiva 93/13 de CEE, Directiva interpretada con claridad por la sentencia del TJUE de fecha 9 de julio de 2020.

TERCERO.- En efecto la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, sigue una línea argumentativa ya consolidada en la jurisprudencia del Tribunal europeo, pero no siempre destacada: el consumidor puede renunciar a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula cuando, “consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva”, manifiesta su oposición a tal declaración (*Banif-2013*, *Sales Sinués-2016*, *Abanca-2019*, *Dziubak-2019*).

La sentencia ahora citada del STJUE, siguiendo al Abogado General, admite que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en un contrato de novación; pero agrega con énfasis que esa renuncia (§§ 28 y 29): *“únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13”*.

Por tanto, la doctrina que subyace en esta resolución puede condensarse en:

A)- Para la que la novación-renuncia surta efectos debe existir **certeza de la nulidad por abusiva de la cláusula y de lo que supone esta renuncia**, esto es sus consecuencias (esa “consciencia” puede venir objetivamente derivada de un diáfano escenario legislativo y jurisprudencial al respecto del reconocimiento de la ilicitud de la cláusula en las explicaciones del predisponente o de las manifestaciones de un juzgador que entra a examinar de oficio o a instancia de parte el carácter abusivo de la cláusula).

B) El TJUE valida novaciones que pudieran ser perjudiciales para el consumidor si éste **consintió libre e informadamente**, no despliega eficacia cuando a pesar de existir negociación esta no excluya el carácter de cláusula predispuesta e impuesta.

C) Las cuatro SSTJUE a las que se acude por vía analógica en esta sentencia solo se refieren a la **viabilidad de esa oposición del propio consumidor a ser tutelado** en el contexto del control de oficio por el juez o cuando la nulidad de la cláusula

puede traer consigo la del entero contrato, **cuando esto no sea beneficioso para el consumidor.**

El control del carácter abusivo de las cláusulas sólo se produce respecto a las que no se hayan negociado individualmente (art. 3.1 Directiva 93/13), lo cual se entiende acaecido si es prerredactada por el profesional y el consumidor no pudo influir sobre su contenido (art. 3.2). Una cláusula de novación modificativa puede perfectamente incurrir en ambos parámetros (§ 34).

La STJUE 9 julio 2020 apunbta al juzgador nacional dos circunstancias que pueden avalar esa ausencia de negociación y descarta como irrelevante una tercera circunstancia (la firma manuscrita):- *“la circunstancia de que la celebración del contrato de novación (...) se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos (...) podría constituir un indicio de que adherente no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula “suelo”;*-] *“Lo mismo cabe decir respecto del hecho de que (...) la entidad bancaria no facilitara al adherente una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento del mismo”. En cambio, el introducir en el contrato de novación, antes de su firma, *“la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula ‘suelo’ no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma”.**

Por lo tanto, en el examen de los pactos novatorios de cláusulas suelo es esencial el examen de las circunstancias de cada caso para averiguar si hubo negociación/imposición. La sentencia analiza si en el contrato de novación sobre la cláusula suelo también opera el **deber de transparencia** recordando su ya consolidada jurisprudencia (§§ 44-47): la transparencia material no implica sólo comprensión formal y gramatical, debe interpretarse extensivamente, implica exposición del funcionamiento de la cláusula con todas sus consecuencias económicas, ha de permitir al consumidor medio evaluar el coste real.

Según el § 48, de la repetida sentencia, el carácter abusivo se determina en relación con **el momento de celebración del contrato**, *“teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato”*, pues una cláusula puede entrañar un

desequilibrio “que únicamente se manifestó mientras se ejecuta el contrato”, como ya dijo, entre otras, la STJUE 20 septiembre 2017 (*Andriciuc*), respecto a cláusulas multidivisas. Lo reitera la presente sentencia en el § 70.

El § 49 reafirma que para evaluar la transparencia hay que tomar como referencia los elementos de los que el profesional disponía en la fecha en que celebró el contrato. Al aplicarlo en concreto a la cláusula suelo en el § 50 alega: las repercusiones económicas dependen de la evolución del índice de referencia con el que se calcula el interés variable, que son variaciones durante la ejecución contractual que “dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional” (§ 52), de los que, por tanto, no puede ni debe informar.

La STJUE citada reproduce el criterio que consagro en la STJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*) para el IRPH a este caso (§§ 53-54): es un elemento de información precontractual pertinente, a efectos de transparencia material, el suministro de información sobre **la evolución en el pasado del índice**, porque así el consumidor puede tomar conciencia, por las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores debido al suelo propuesto, (Esto ha sido criticado ya que los bancos sí disponían en el momento de contratar de previsiones sobre la evolución futura del Euribor y, por tanto, cómo podría impactar en el consumidor el suelo fijado; de ahí que uno de los seis parámetros objetivos fijados en la STS 9 mayo 2013 (241/2013) para entender si se supera el control de transparencia es “*la explicación sobre los escenarios hipotéticos en función de la evolución de los tipos de interés*”, con una mirada , de mera hipótesis con los datos disponibles al contratar, hacia el futuro y no sólo hacia el pasado).

En definitiva, La STJUE 9 julio 2020 entiende que la transparencia exige situar al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la cláusula a partir de la evolución pasada del índice con el que se calcula el tipo de interés.

Sobre las cantidades a las que renuncia el consumidor aceptando la nueva cláusula suelo novada, el tribunal afirma (§ 55) que “*esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio*”, siempre que el banco “*haya puesto a su disposición todos los datos necesarios*”.

El consumidor puede no ser plenamente consciente al renunciar, si el banco no le facilitó esos cálculos, de a qué concreto importe está renunciando al aceptar la nueva cláusula.

Según la STJUE, todo el pacto (reducción del suelo y renunciaciones) puede ser enjuiciado mediante el control de abusividad siempre que se demuestre ausencia de negociación individual y que “no se rebasen los límites” del art. 4.2 de la Directiva (§§ 59 y 64).

La sentencia tantas veces repetida, diferencia la renuncia a emprender acciones sobre la cláusula inicial, de la relativa a la renuncia a las acciones sobre el nuevo suelo basadas en cómo se celebró el contrato novatorio.

Sobre la primera el TJUE entiende que el consumidor puede válidamente renunciar a conseguir que la cláusula suelo inicial se declare abusiva, “**siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado**” (§ 66); el juzgado remitente deberá comprobar al efecto dos cosas (§ 74): el nivel de certidumbre sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial que existía en el momento de celebrar el contrato de novación –pues esto, según el TJUE, determinará el alcance de la información que el banco debía suministrar para cumplir con la transparencia– y si la persona consumidora estaba en condiciones de “*comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ella de tal cláusula*”.

La clave está en si en ese escenario de incertidumbre jurídica (para el banco y para el consumidor) un concreto consumidor *negoció* la rebaja o supresión del suelo o *no lo hizo y simplemente aceptó*, sin poder influir en su contenido, la propuesta del banco que, obviamente, disponía de más información jurídica y económica que el adherente. Si hubo un acuerdo negociado no hay cláusula abusiva ni control de transparencia (aunque podría haber un control del consentimiento por vía del error-vicio o el dolo del Código civil); si el contrato de novación no se negoció, fue un simple contrato de adhesión revestido de pacto transaccional, entonces tiene sentido examinar si se cumplió la transparencia material, en el sentido de comprensión de la carga jurídica y económica propia de la nueva cláusula suelo y las renunciaciones obtenidas como contraprestación.

El fundamento § 67 de la sentencia declara en relación a la renuncia de acciones que: “*es preciso distinguir la **renuncia** a ejercitar acciones judiciales cuando se pacta*

en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente entre un profesional y un consumidor, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y a la que se refieren los apartados 75 y 76 de la presente sentencia”.

En el primer caso, donde hay auténtico acuerdo, pacto negociado, acuerdo transaccional, dice que la renuncia puede constituir el objeto principal del acuerdo y por tanto debe aplicarse el art. 4.2 de la Directiva, es decir, el control de transparencia material. Y ponderar el juzgador si el consumidor obtuvo o no información suficiente sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a las que hubiera tenido derecho de reembolso.

Para la renuncia a las acciones sobre la nueva cláusula suelo y el contrato novatorio en sí, (§§ 75-76) se parte de un enfoque distinto, favorable a las pretensiones del consumidor: *“un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro”.*

La STJUE recuerda el carácter imperativo del art. 6.1 de la Directiva (las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor) y concluye que admitir una renuncia *previa* a los derechos de la Directiva “pondría en peligro de eficacia de este derecho.

Por tanto, la aplicación de esta doctrina al presente caso y a la vista de los declarado acreditado- o más bien no probado -determina la estimación del recurso.

CUARTO.- Respecto a la comisión de apertura, cabe recordar que es cierto que el TS entre otras en **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero**, estableció categóricamente que la comisión de apertura formaba parte del precio, por lo que no podría declararse la misma como abusiva, a salvo de que no superara el control de transparencia. En concreto decía que, como componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido y solo puede ser sometida al control de transparencia (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE).

En concreto, además, justifica su aplicación en que efectivamente obedece a un servicio prestado: *“La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual “no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión” de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que es abusiva, resulta contradictoria.*

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”.

Y añade que cualquier consumidor sabe que el banco va a cobrar una comisión de apertura por lo que, en líneas generales, avalaba la aplicación de la misma.

Sin embargo, el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020 ha venido a dejar claro, en primer término, que la Comisión de Apertura no forma parte del precio. En concreto dice el TJUE: “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. “Y esto es relevante porque permite analizar la cláusula, en cuanto a que supone un posible desequilibrio importante.

En concreto dice, que hay que analizar si existe un servicio efectivamente prestado.

De acuerdo con el criterio sostenido en la anterior resolución, DEBE ESTIMARSE la nulidad de la comisión de apertura, pues la entidad demandada no ha demostrado que el importe de dichas comisiones responda a servicios efectivamente prestados.

QUINTO.- Costas, artículo 398 de LEC. Y Doctrina que subyace en la sentencia 472/2020 del TJUE de fecha 17 de septiembre 2020, recurso (cas) 5170/ 2018...” en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción de la regla general del vencimiento objetivo por la existencia de dudas de hecho o de derecho, el consumidor pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y por tanto no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas”.

Vistos lo argumentado, en nombre del Rey y en virtud de las facultades atribuida por la constitución española.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: estimar el recurso de Apelación formulado por la Procuradora Sra. Uriarte Nieto, en nombre y representación de **DON SANTIAGO MARTIN ELENA y DOÑA MARIA PAZ MARTIN ELENA**, contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2020 dictada en Procedimiento Ordinario nº 1668/18 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Salamanca, que se revoca en el sentido de declarar:

1.- La NULIDAD de la cláusula de interés mínimo de las condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha 11 de abril de 2007, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario, y que viene unida como documento nº 2 del escrito rector; propagando su ineficacia al documento privado, de fecha 11 de junio de 2015 y que procurara moderar/rebajar/novar la cláusula de interés mínimo; del que son titulares mis principales. Manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,75 %, fijados en aquella inicialmente, y de la posterior rebaja al 2,75 % "del interés fijo/cláusula suelo " a partir de junio de 2015.

2.- Se DECLARA LA NULIDAD de la cláusula COMISIONES: Comisión de apertura de las condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha 11 de abril de 2007, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario.

3.- Asimismo, Se CONDENA a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora, de forma RETROACTIVA, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, desde su inicio y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil en relación con la normativa especial y la Jurisprudencia del TJUE, en reciente Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016; y que hasta la fecha de interposición de la presente demanda ascienden a DOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (2.404,89 €) s.e.u.o.; cuantía total que deberá determinarse en ejecución de sentencia, sobre las bases,

de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho periodo, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo de 3,75 % (en su defecto 2,75 % a partir de junio de 2.015), conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 1 % de diferencial, sin perjuicio de las bonificaciones, hasta fecha de la resolución que ponga fin a este procedimiento.

4.- Asimismo, se CONDEN A LA ENTIDAD demandada a restituirlas sumas que indebidamente se hubiesen podido repercutir a la parte prestataria por aplicación de las citadas cláusulas de COMISION DE APERTURA e intereses legales y pago de las costas de la primera instancia.

No se hace declaración de las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma.

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

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.