

Intervención: Demandante	Interviniente:	Procurador:	Abogado: AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO
Demandado	IBERCAJA BANCO, S.A.U.		

S E N T E N C I A Nº 000073/2022

En Zaragoza, a 17 de marzo de 2022

Dña. _____, Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia Nº ONCE de Zaragoza, ha visto los presentes autos de **Juicio Ordinario nº 660/2021**, a instancia de D. _____, representado por la Procuradora Dña. _____ y asistido por la Letrada Dña. Azucena Natalia Rodríguez Picallo, contra IBERCAJA BANCO, S.A., representada por el Procurador D. _____ y defendida por la Letrada Dña. _____, sobre acción de nulidad individual de condiciones generales de la contratación y devolución de cantidades.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la indicada parte actora formuló demanda de Juicio Ordinario, arreglada a las prescripciones legales, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación solicitó “sentencia en la que se estime íntegramente la Demanda acordando que:

1.- Se declare la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 4ª.- COMISIONES. 4.1.- Comisión de apertura, que establece una comisión de apertura, de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), con condena a la demandada a indemnizar al actor en su importe (1.243,13.- euros), más los intereses legales desde la fecha de su pago. Asimismo, aquélla cantidad devengará desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

2.- Se declare la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 5ª.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA de la Escritura de Préstamo

con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), condenando a la demandada a eliminar a su costa la cláusula del contrato, teniéndola por no puesta y manteniendo el resto de la escritura. Condenando a la entidad demandada a restituir a Don _____ la suma de las cantidades que este ha pagado indebidamente por aplicación de la citada cláusula en concepto de gastos de Notaría (222,18.-euros), Registro de la Propiedad 25 (119,81.-euros), Gestoría (103,47.-euros) y Tasación (179,80.-euros), derivados del citado contrato de préstamo. Cantidades que deben ser incrementadas por el interés legal que corresponda desde que se realizaron cada uno de los pagos. Asimismo, aquéllas cantidades devengarán desde el momento del dictado de la sentencia, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

3.- Se declare la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 6ª.- INTERESES DE DEMORA, que establece un interés de demora del 19,00% nominal anual, de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), condenando a la demandada a eliminar a su costa la cláusula del contrato, teniéndola por no puesta, manteniendo el resto de la escritura, así como la aplicación del interés remuneratorio pactado hasta el completo pago de lo adeudado, con devolución de las cantidades abonadas por mi representado en aplicación de la citada cláusula.

4.- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la demanda para que compareciera con Abogado y Procurador y contestara a la misma, lo que verificó dentro del plazo legal presentando escrito por el que se allanaba parcialmente a la demanda y solicitaba se dicte “sentencia por la que:

- Tenga por allanada esta parte en relación con la solicitud nulidad de la cláusula contractual referida a los gastos a cargo de la parte prestataria y de interés de demora.

- Se desestime demanda en lo referente a la comisión de apertura al considerar que esta es ajustada derecho.

- Se desestime igualmente la demanda en lo relativo a la restitución de la comisión de apertura y los gastos de hipoteca, al estar prescrita dicha acción.

- Sin imposición de costas.”

TERCERO.- Señalada la celebración de la audiencia previa tuvo lugar en la fecha prevista con la asistencia de las partes y el resultado que obra en la grabación. Se solicitó únicamente prueba documental por lo que en aplicación del art. 429.8 LEC, quedaron los autos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras el allanamiento parcial de la demandada, respecto de la nulidad de la cláusula de gastos, y de la cláusula de interés de demora, la cuestión litigiosa se centra en la nulidad de la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura y la restitución de la comisión de apertura y los gastos de hipoteca.

SEGUNDO.- Sobre la comisión de apertura, el criterio que mantiene la Sección 5ª de la AP de Zaragoza es el de considerar que, tras la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19) cambia la situación anterior al determinar dicha resolución que por el mero hecho de formar parte del coste total del préstamo, no se trata de elemento esencial del contrato, por lo que cabe el control de abusividad respecto de esta cláusula. Es decir, si como señala la AP de Zaragoza, el precio del préstamo son los intereses del capital, difícilmente podrá entender el consumidor que esa comisión forma parte del precio, cuando se califica de "comisión" y se aparta conceptualmente, incluso físicamente, de la cláusula principal sobre la que recae la atención del prestatario. Por lo tanto, lo esencial es comprobar si la comisión obedece a servicios prestados por la entidad.

Así lo expone la sentencia de la Sección 5ª, de fecha 6 de abril de 2021:

“La STS nº 44/2019, de 23 de enero, consideró que su naturaleza era la de parte del precio del arrendamiento y la somete al control de transparencia.

Sin embargo, la reciente sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, ha venido a realizar las siguientes consideraciones sobre las estipulaciones como la examinada. Ha establecido respecto a la comisión de apertura que:

56 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 definitiva, ha considerado que la comisión de apertura es una condición que no afecta a los elementos esenciales del contrato y sujeta al control de abusividad. Este es el criterio que ha de prevalecer conforme al art. 4 bis 1 de la LOPJ.”

En el presente caso, la parte demandada alega que la comisión de apertura forma parte del precio del préstamo y así lo ha declarado la sentencia 44/2019 del Pleno de la del T.S de 23 de enero de 2019 y lo ha ratificado en el Auto de 20 de enero de 2021, siendo el argumento fundamental para entender que la comisión de apertura es parte del precio es que el Banco tiene dos tipos de costes cuando concede un préstamo: 1) el coste del dinero, que es el coste del disfrute de este por parte del prestatario y 2) la concesión del préstamo supone la realización de unas actividades necesarias para la realización que se realizan de una sola vez tuvo que soportar para conceder el préstamo a la actora.

Ninguna prueba ha presentado la demandada que acredite el tiempo prestado de atención al cliente o al estudio de la documentación y su proporcionalidad con el importe de la comisión de 1.243,13 euros, que es fijado unilateralmente por la entidad bancaria.

Como señala la sentencia citada: *“En definitiva, es una condición impuesta, contraria a la buena fe, no puede presumirse que el prestatario en un contexto de negociación leal y equitativa la hubiera aceptado, le perjudicaba económicamente sin que se haya acreditado que obedece a servicios efectivos, pues falta cualquier prueba al respecto.”*

En consecuencia, procede declarar su nulidad debido a su carácter abusivo y respect a la restitución a la actora del importe abonado lal haber alegado la demandada la prescripción, procedmos a resolver sobre dicho extremo en el siguiente Fundamento de Derecho.

TERCERO.- Respecto a la prescripción alegada por la demandada respecto a la restitución de la comisión de apertura y los gastos de hipoteca, señalar que la A.P. de Zaragoza, secc. 5ª, se ha pronunciado expresamente tras las últimas

sentencias del TJUE sobre la prescripción. Así entre otras, destacamos la sentencia de 25 de junio de 2021, que señala:

“La nulidad de las condiciones generales es radical y, por lo tanto, insubsanable, por lo que su declaración no está sometida a caducidad ni prescripción.

Así lo reitera la reciente S.T.J.U.E. de 10 de junio de 2021 (apartado 38).

En cuanto a la restitución de sus efectos, el T.J.U.E. remite a los tribunales nacionales a los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión. Haciendo especial hincapié en el "inicio del plazo" del cómputo de un plazo de prescripción razonable.

"47. Pues bien, la oposición de un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente, viola el principio de efectividad (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 91)".

DECIMOSEXTO. - Las dudas que generaba la cuestión han sido abordadas por la reciente S.T.J.U.E de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, CY VS. Caixabank y PIL VS. BBVA).

De ella se extraen las siguientes consideraciones (apartados 80 a 92):

1.) La nulidad radical es imprescriptible, pero es razonable la existencia, en el Derecho nacional, de un plazo para reclamar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad (principio o razones de seguridad jurídica).

2.) Las condiciones que contemplen ese plazo han de ser las reguladas por el Derecho interno (principio de autonomía procesal). Pero, siempre que respete el principio de equivalencia (no inferiores condiciones a las aplicables a situaciones similares de carácter interno) y el de efectividad (no hacer imposible en la práctica o excepcionalmente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho Comunitario).

3.) Considera razonable el plazo de los 5 años del Art. 1964 C.civil.

4.) Pero entiende que el dies a quo no parece razonable que sea desde que se celebró el contrato, pues puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de sus derechos, si no se tiene en cuenta si podía, un consumidor medio, atento y perspicaz, conocer razonablemente el carácter abusivo de la cláusula que acababa

de firmar (principio de efectividad).

5.) Así se expresa el apartado 91 de la citada STJUE (16-7-2020). "Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato - con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula-, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica".

6.) Y la razón de esta conclusión está, precisamente, en el apartado anterior (90): "A este respecto, procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores, ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17 , EU:C:2018:711 , apartado 69)".

DECIMOSEPTIMO. - Lo que nos remite al Derecho interno, el Derecho español.

Y, a tal efecto, la jurisprudencia interpretativa del instituto de la prescripción es clara y reiterada. La aplicación de la prescripción de acciones ha de ser rigurosa y restrictiva (S.T.S. 350/2020, de 24 de junio).

" Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias"

Lo que nos conduce al trascendental tema del día inicial del cómputo . Y ahí, también la jurisprudencia es reiterada.

" El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actionondum nata praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004 ; 24 de mayo de 2010 ; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar".

DECIMOCTAVO. - ¿Cuándo pudo un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz estar en posesión de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para litigar sobre la nulidad y el alcance restitutorio de una cláusula ("gastos") como la que nos ocupa?

Conceptualmente, cuando -como dice la reiterada S. TJUE- " perciba la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13"

Lo que nos obliga a realizar un esfuerzo interpretativo de inmisión en el acervo común de conocimientos de un consumidor medio. Lo que en los países anglosajones se consigue a través de periciales demoscópicas (fundamentalmente en materia de marcas). Lo que, en terminología propia de nuestra legislación sustantiva y procesal se traduciría por "realidad social" (art. 3-1 C.c .) o "Sana crítica" (arts. 348 y concordantes LEC).

DECIMONOVENO. - La Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores no tuvo una proyección pública inmediata, al igual que la ley española de Condiciones Generales de Contratación 7/1998, de 13 de abril. De tal manera que las relaciones del ciudadano (consumidor) con las entidades que contrataban a través de negocios jurídicos en masa y con cláusulas prerredactadas, se venía considerando y analizando (generalmente) desde una óptica de contratos inter-pares.

De hecho, en España se inicia una protección frente a los contratos en masa, con condiciones "prerredactadas" y "no negociadas" con la ley del contrato de seguro 50/1980, de 8 de octubre (artículo 3), que no hacía referencia a consumidores, sino a asegurados o tomadores. La ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, en un incipiente art. 10 , obviamente no recogía ni la letra ni el espíritu de la Directiva aún no nacida.

Es la ley de condiciones generales de contratación 7/1998, de 13 de abril la que incorpora la Directiva 93/13/CEE. Empieza a utilizar el calificativo de abusivas e implementa la ley de 1984 con un artículo 10 bis. Sin embargo, un dato relevante de la norma y de su aplicación jurisprudencial fue la "integración" del contrato y la "moderación" de las obligaciones de las partes, como previene dicho artículo 10bis-2, remitiéndose al art. 1258 C.civil .

Lo que correcta o incorrectamente interpretado suponía un grave alejamiento de la letra y correcta exégesis de la Directiva que incorporaba. Directiva que ha debido de ser paulatina y reiteradamente clarificada en su extensión correcta por la doctrina del TJUE.

A título de ejemplo, la S. TJUE 9-12-2004 que obligó a modificar el Art. 10bis a través de la ley 44/2006, de 29 de diciembre . Precisamente, la D. Final 5ª de esta ley (que mantenía todavía las facultades moderadoras de los tribunales en caso de anular determinadas cláusulas, así como la integración del contrato por los tribunales a tenor del art. 1258 C.c y el principio de buena fe) habilitó al Gobierno para aprobar un Texto Refundido único de la ley 26/84.

D.F.5ª cuyo tenor es relevante a los efectos aquí estudiados:

" Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios,

que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos". Es decir, como todo Texto Refundido, debía de aclarar y armonizar normas dispersas y de aplicación no debidamente clara.

No obstante, lo cual, el tenor literal inicial del Art. 83 del Real D. legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 30-11-2007 y entrando en vigor el 1-12-2007) seguía permitiendo al juez que declarase la nulidad de las cláusulas integrar el contrato y disponer de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes.

Es precisamente, la ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE 28-3-14) que modifica el Texto Refundido de la LGCyU, R.D.leg. 1/2007, la que reforma el citado art. 83. Es reveladora la Exposición de Motivos de la citada ley: "En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE".

El incumplimiento que el tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El tribunal considera que dicha facultad podrá poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podrá ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 "

VIGÉSIMO. - Considera este Tribunal que no puede exigirse al consumidor medio una percepción razonable del posible éxito de pretensiones, incluso del derecho a exigir un resarcimiento completo respecto a cláusulas cuyo contenido o entorno podía ser objeto de la discrecionalidad judicial; contraviniendo la Directiva y su correcta interpretación, no sólo desde la óptica de la praxis del foro, sino del Derecho positivo interno.

VIGESIMOPRIMERO. - Pero si hay 2 sucesos que impactan no sólo en la opinión pública sino, posiblemente, en la conciencia jurídica de los profesionales

del Derecho fueron la S.T.J.U.E de 14 de marzo de 2013 (C- 415/11, *Mohoned Aziz VS Caixa d'Estalvis de Catalunya*) y la S.T.S 241/2013, de 9 de mayo .

La primera expuso a la luz pública la existencia de una estructura jurídica exorbitante a la regla general de equilibrio de fuerzas procesales y que inició la creación paulatina de ese acervo cultural jurídico en el consumidor medio respecto a la existencia de un derecho actuable sin esfuerzos titánicos para resultados comparativamente ridículos (principio de eficacia y disuasorios). De hecho, supuso la modificación estructural del procedimiento de ejecución hipotecaria, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la ley 1/2013, de 14 de mayo (BOE 15-5- 2013, entrada en vigor 15-5-2013) párrafo 13 y siguientes.

VIGESIMOSEGUNDO. - La segunda, prácticamente coetánea, confirmó (aun con dudas y rectificaciones) una interpretación concorde de la LGCyU y la Directiva 93/13. Sentencia de ardua elaboración y con un contenido tan extenso y prolijo que da una idea clara del necesario proceso intelectual que tuvieron que desarrollar expertos juristas (Magistrados del Alto Tribunal) para concretar modos de examen de las Condiciones Generales, clases de éstas, alcance de las mismas, etc.

Sentencia que fue subsanada por Auto de 3 de junio de 2013 y definitivamente, no anulada por Auto de la misma Sala de 6 de noviembre de 2013 . Por fin, corregida respecto a sus consecuencias restitutorias mediante STJUE de 21 de diciembre de 2016.

VIGESIMOTERCERO. - Por tanto, concluye esta Audiencia que al consumidor medio, atento y perspicaz no se le podía exigir antes de esa fecha un conocimiento razonable de sus derechos y la amplitud de los mismos respecto a las cláusulas abusivas, siendo hasta entonces excesivamente difícil aprehender el contenido de los derechos que le concedía la Directiva Comunitaria (apartados 90 y 91 S.T.J.U.E. 16-7-2020).

VIGESIMOCUARTO. - Partiendo de esta premisa, considera este tribunal que el dies a quo ha de coincidir con la fecha de publicación de la citada S.T.S. 9-5-2013 que - salvo error- tuvo lugar el 10-5- 2013. A partir de cuya fecha, un plazo de 15 años (posteriormente 5, a partir de la reforma del art. 1964 C.civil por ley 42/2015, de 5 de octubre) se considera suficiente y apto para la protección del consumidor, en sintonía con la reiterada S.T.J.U.E 16-7-2020”

Siguiendo el criterio expuesto y aplicándolo al caso que nos ocupa, los pagos tuvieron lugar en 2004, mucho antes de la publicación de la citada sentencia del Tribunal Supremo. El plazo de 15 años a computar desde ese momento, se ve afectado por la reforma del art. 1964 Código Civil por ley 42/2015, de 5 de octubre, al reducir el plazo de prescripción a cinco años a computar desde la entrada en vigor de la ley (7 de octubre de 2015). Por tanto, el plazo de reclamación prescribía el 7 de octubre de 2020, si bien debe de tenerse en cuenta la paralización de los plazos motivados por la pandemia de COVID que permite actuar hasta la última semana del año 2020.

En el presente caso, el primer requerimiento previo extrajudicial, referido a la comisión de apertura y los gastos de la escritura de 25 de marzo de 2004, tiene lugar el 9 de noviembre de 2021, en consecuencia y conforme a lo dispuesto en el art. 1.973 del Código Civil la prescripción de la acción quedó interrumpida y la

demanda se interpone el 19 de julio de 2021, por tanto la acción no había prescrito.

CUARTO.- La parte actora en concepto de comisión de apertura abonó la cantidad de 1.243,13 €, resultando acreditado el abono de dicha cantidad con la propia escritura en la que se señala que “a satisfacer en este acto y por una sola vez” y con el doc. nº 7 de la demanda, la entidad demandada, como consecuencia de la declaración de nulidad de la misma, viene obligada a restituir al demandante dicho importe.

Respecto a la reclamación de cantidad de los gastos hipotecarios, la jurisprudencia ha venido delimitando a quién corresponde el pago de cada gasto estableciendo los siguientes criterios: Notaria: (STS 457/2020, de 24 de julio), el 50% debe pagarlo la entidad de crédito. Respecto de la copia autorizada, debe ser a cargo de la entidad bancaria por cuanto se entiende que es la presentada para la inscripción de la hipoteca por lo que lo es en exclusivo interés de la entidad bancaria, que es la quien debe sufragarla (SAP de Zaragoza, Sección 5, nº 509/2019). Y el 100% Registro de la Propiedad (STS 457/2020, de 24 de julio), Gestoría (STS 555/2020, del 26 de octubre de 2020) y Tasación (STS 35/2021, dictada en Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2021).

En el presente caso, la cantidad reclamada se ajusta a los criterios referidos al reclamarse el 50% de los gastos notariales (222,18.-euros), y el 100% de los gastos del Registro (119,81.-euros), gestoría (103,47.-euros) y tasación (179,80.-euros), y ha resultado acreditado el pago con los documentos 2, 3, 4 y 5 de la demanda aportado y en consecuencia procede el abono de los mismos por parte de la demandada.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña.

en nombre y representación de D.

contra IBERCAJA BANCO, S.A.:

1.- Declaro la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 4ª.- COMISIONES. 4.1.- Comisión de apertura, que establece una comisión de apertura, de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), con condena a la demandada a indemnizar al actor en su importe (1.243,13.- euros), más los intereses legales desde la fecha de su pago. Asimismo, aquélla cantidad devengará desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

2.- Declaro la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 5ª.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE

PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), condenando a la demandada a eliminar a su costa la cláusula del contrato, teniéndola por no puesta y manteniendo el resto de la escritura. Condenando a la entidad demandada a restituir a Don _____ la suma de las cantidades que este ha pagado indebidamente por aplicación de la citada cláusula en concepto de gastos de Notaría (222,18.-euros), Registro de la Propiedad 25 (119,81.-euros), Gestoría (103,47.-euros) y Tasación (179,80.-euros), derivados del citado contrato de préstamo. Cantidades que deben ser incrementadas por el interés legal que corresponda desde que se realizaron cada uno de los pagos. Asimismo, aquéllas cantidades devengarán desde el momento del dictado de la sentencia, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

3.- Declaro la nulidad de la CLÁUSULA FINANCIERA Cláusula 6ª.- INTERESES DE DEMORA, que establece un interés de demora del 19,00% nominal anual, de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria otorgada por “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA; ARAGÓN Y RIOJA” (actualmente IBERCAJA BANCO, S.A.), suscrita ante la Notaria del Ilustre Colegio de Zaragoza, Doña _____, el 25 de Marzo de 2.004 (protocolo nº _____), condenando a la demandada a eliminar a su costa la cláusula del contrato, teniéndola por no puesta, manteniendo el resto de la escritura, así como la aplicación del interés remuneratorio pactado hasta el completo pago de lo adeudado, con devolución de las cantidades abonadas por mi representado en aplicación de la citada cláusula.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

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