

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓ
SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 494 de 2021
Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Castellón
Juicio Ordinario número 895 de 2019

SENTENCIA NÚM. 409 de 2023

Ilmas. Sras. e Ilmo. Sr.:

Presidenta:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Magistrada:

Doña SOFÍA DÍAZ GARCÍA

Magistrado:

Don ANTONIO PEDREIRA GONZÁLEZ

En la Ciudad de Castelló, a seis de octubre de dos mil veintitrés.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castelló, constituida con las Ilmas. Sras. e Ilmo. Sr. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día doce de marzo de dos mil veintiuno por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Refuerzo del Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 895 de 2019.

Han sido partes en el recurso, como apelante CAIXABANK S.A., representada por el



Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña Sofía Díaz García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece:

“ *ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. [REDACTED] en nombre y representación de Don [REDACTED] [REDACTED] frente a BANKIA, S.A. y, en consecuencia:*

1.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnada que se contiene en la estipulación Quinta, relativa a los gastos a cargo de la parte prestataria, que impone a la prestataria asumir los gastos de aranceles notariales y registrales y honorarios de gestión y tasación a excepción de los gastos y/o primas del seguro para la conservación de la finca, hogar o incendio; contenida en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921 y la estipulación Quinta, sobre gastos, inserta en la escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 25 de enero de 2.013, autorizada por el notario D. Enrique Montoliu Ferrer, bajo su protocolo nº 76.

Desestimo la pretensión relativa a la declaración de nulidad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Condeno a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones.*
- A eliminar de su clausulado dichas estipulaciones y en consecuencia no aplicarlas.*
- A restituir a la parte actora la cantidad de **1.919,00** euros abonada indebidamente en aplicación de la cláusula nula que impone los gastos al*

demandante. Tal cantidad se restituirá incrementada con el interés legal del dinero que se haya devengado desde el día en que se produjo cada pago y hasta el día de la presente sentencia. Desde hoy, la cantidad resultante devengará el interés legal incrementado en dos puntos, hasta su completa satisfacción.

2.- DECLARO la nulidad de la cláusula 3ª, que parte de la consideración del año como de 360 días para el cálculo de períodos de interés inferiores al año, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A. a estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla y a efectuar un recálculo de los intereses sin tener en cuenta la estipulación que parte de la base de la consideración del año como de 360 días para periodos inferiores a éste y a restituir la cantidad que resulte y así se determinará en ejecución de sentencia, con el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro indebido hasta la fecha de la presente resolución. Desde hoy, hasta su completa satisfacción, la cantidad global resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

3.- Declaro la nulidad de las cláusulas impugnadas que se contienen en la estipulación 4ª, apartado 2.c, relativo a la imposición de reclamación por posiciones deudoras, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

4.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnada que se contiene en la estipulación 4ª, apartado 1, relativo a la imposición al prestatario del pago de una comisión por apertura del crédito; inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

- A restituir a la parte actora la cantidad de **1.108,50** euros abonada indebidamente en aplicación de la cláusula nula abonada. Tal cantidad se restituirá incrementada con el interés legal del dinero que se haya devengado desde el día en que fue abonada y hasta el día de la presente sentencia. Desde hoy, la cantidad resultante devengará el interés legal incrementado en dos puntos, hasta su completa satisfacción.

5.- Declaro la nulidad de las cláusulas impugnadas que se contienen en la estipulación 2ª, relativos a la imposición al prestatario de la obligación de pago de comisiones por subrogación, amortización anticipada, cancelación anticipada y por modificación de las condiciones del préstamo, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

6.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnada que se contiene en la cláusula financiera Sexta, relativa al Interés de Demora y anatocismo, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

Condeno a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones.

- A eliminar de su clausulado dicha estipulación y en consecuencia no aplicarla y en su defecto se aplicará el interés remuneratorio pactado.

7.- DECLARO la nulidad de la estipulación financiera 6ª Bis, relativa al vencimiento anticipado, en su apartado a), b) y e) inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía

hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar de dicha cláusula del contrato y no aplicarla, concretamente el apartado a), b) y e), manteniendo su vigencia el resto de condiciones de dicha cláusula.

8.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnada que se contiene en la estipulación CUARTA de las Condiciones Generales, relativa a la prohibición al prestatario de arrendar la finca hipotecada, y sobre cesión de la posesión, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

9.- DECLARO la nulidad de la estipulación no financiera Cuarta, sobre la cesión del crédito hipotecario, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:- A estar y pasar por estas declaraciones.

- A eliminar de su clausulado dicha estipulación y en consecuencia no aplicarla.

10.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnadas que se contiene en la estipulación no financiera Primera, relativo a la imputación de pagos, y a la compensación y renuncia de derecho, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

11.- Declaro la nulidad de la estipulación no financiera 4ª, sobre la cesión del crédito hipotecario, inserta en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 13 de junio de 2.008, autorizada por el notario D. Joaquín Serrano Yuste, bajo su protocolo nº 1.921.

CONDENO a BANKIA, S.A.:

- A estar y pasar por estas declaraciones, y a eliminar dicha cláusula del contrato y no aplicarla.

12.-Desestimo el resto de pretensiones que no han sido objeto de condena, absolviendo a BANKIA de las pretensiones contra la misma deducidas.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de CAIXABANK S.A., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte sentencia estimando íntegramente el recurso de apelación de esta parte, revocándose la sentencia recurrida, y declarando válida, transparente y no abusiva la cláusula de comisión de apertura objeto de este procedimiento, revocando igualmente, el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, al ser parcial la estimación de la demanda en caso de estimación de este recurso.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia en la que se proceda a la desestimación del Recurso de Apelación planteado por CAIXABANK SA (antes BANKIA, SA y anteriormente BANCAJA, SA) por los motivos expuestos en la alegaciones realizadas, confirmándose la resolución dictada y condenando a la recurrente a las correspondientes costas procesales.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, que tras tener entrada en el Registro General el día 11 de mayo de 2021, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 22 de junio de 2021 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente para resolver el recurso, se tuvieron por personadas las partes y por Providencia de fecha 26 de septiembre de 2023 se levantó la suspensión del procedimiento, que había sido acordada por Providencia de fecha 12 de enero de 2023 hasta tanto se resolviera por el TJUE la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuanto a la comisión de apertura, se designó Magistrada Ponente y se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 3 de octubre de 2023, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Por la representación procesal de CAIXABANK S.A., se interpone recurso de apelación contra la sentencia núm. 29/2021 de fecha 12 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Castellón, que declaraba nulas las cláusulas citadas en los antecedentes de hecho de esta resolución, y entre ellas, la cláusula correspondiente a la comisión de apertura incluida en la cláusula cuarta del contrato de compraventa con subrogación, ampliación y modificación de préstamo celebrado el 13 de junio de 2008, condenando a la entidad bancaria a la devolución de 1.108,50 euros y ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

La parte apelada se opone a la estimación del recurso solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Motivos de apelación. Comisión de apertura.

La parte apelante muestra su disconformidad con la declaración de nulidad de la comisión de apertura que consta en la cláusula cuarta del contrato, estimando que se aparta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por otra parte no contradicha por la doctrina del TJUE en concreto su sentencia de 16 de julio de 2020. Considera que la comisión de apertura

es elemento principal del precio del préstamo por su propia naturaleza. Es una cláusula transparentes pues la información precontractual fue facilitada a la parte demandante; conocía que debía pagarse de una sola vez en el momento de la firma del contrato y en ningún caso debe considerarse que es abusiva.

La parte demandada se oponía al recurso de apelación criticando su extensión, recurso de cincuenta y tres páginas repleto de citas, sentencias, y referencias normativas. Indicaba la parte apelada que la entidad bancaria no acreditó la información previa que debió recibir el prestatario sobre este tipo de comisión, ni los servicios que dice prestados para cobrar la cantidad adeudada.

En reciente sentencia núm. 274/2023 de 22 de junio de 2023, rollo de apelación núm. 265/21 dictada por esta Sección se decía: *“Esta Sala ha examinado con anterioridad supuestos en los que se cuestionaba la validez de cláusulas en la que se establecían la comisión de apertura, pudiendo citar nuestra Sentencia núm. 454 de 11 de julio de 2022, en la que indicamos que se trata una cuestión compleja que ha venido recibiendo distintas respuestas por los Tribunales.*

Recordamos que esta misma Sección, en su sentencia de 19 de abril de 2018, tras analizar las distintas posturas y argumentos sostenidos por la doctrina en dicho momento, ya declaró la nulidad de la cláusula examinada.

Este criterio fue modificado tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, en la que se analiza la posible abusividad de la cláusula teniendo en cuenta la normativa sectorial aplicable y se concluye que la misma no era abusiva si superaba el control de transparencia sobre la base, entre otras consideraciones, de un lado, que “la propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (...) 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”, circunstancia que “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, de otro, que “no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones”. Por todo ello, concluía que “en tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido” y

“constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo”. Esta doctrina fue acogida por las distintas Audiencias Provinciales y, lógicamente, por esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón (entre otras muchas, Sentencias de 21 de mayo de 2019 y 22 de enero, 21 de febrero y 5 de marzo de 2020).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 4ª, de 16 de julio de 2020, ha obligado a replantear la cuestión, volviendo al criterio sostenido inicialmente por esta sección, atendiendo al principio de primacía del derecho y de la jurisprudencia comunitaria.

Así, entre otras, muchas sentencias, cabe citar la sentencia de esta misma sección de fecha 04 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP CS 715/2020 – ECLI:ES:APCS:2020:715)”

La sentencia del TJUE citada, de 16 de julio de 2020 declaraba:

“ 2) 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.

3) 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.”

Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en su Sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2023 (C-565/21) la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 10 de septiembre de 2021, efectuando los siguientes pronunciamientos: “1) *El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.*

2) *El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.*

3) *El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.*

Finalmente, el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 816 de 29 de mayo de 2023 resuelve recurso de casación sobre un contrato de crédito hipotecario con consumidores, en el que figuraba una cláusula sobre comisión de apertura, aplicando para ello la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 16 de marzo de 2023.

El fundamento de derecho séptimo dedicado a “La STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) señala:

1.- En primer lugar, la sentencia descarta que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato, al mantener un concepto estricto de elemento esencial en el contrato de préstamo, desde el punto de vista del prestatario, y considerar únicamente como tal el interés remuneratorio. Por lo que en este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.

2.- A continuación, la STJUE especifica cuáles son los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud:

(i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para el consumidor de dicha cláusula, lo que conllevará que pueda entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

(ii) Verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

(iii) Comprobar que la entidad financiera ha suministrado la información obligatoria conforme a la normativa nacional y si la ha incluido en su oferta o publicidad previa en relación con el tipo de contrato suscrito

(iv) Valorar la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo, en la medida en que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

3.- A fin de constatar tales elementos, la STJUE facilita diversos instrumentos de comprobación:

(i) A los efectos de que el prestatario pueda ser consciente de la carga económica de la comisión de apertura, el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura, pero la naturaleza de tales servicios debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto (apartado 32).

(ii) *En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43).*

[...]

(iii) *De dicha información, el juez debe poder deducir que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula y de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida.*

(iv) *También ha de valorarse la ubicación y estructura de la cláusula en el contrato (apartado 46).*

En su fundamento de derecho octavo se refiere a las consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE, argumentando que “*que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.*”

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

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

Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un

ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». Lo que reitera el apartado 59: «una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo» (Énfasis añadido).

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

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

[...]

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

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

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

En el supuesto que nos ocupa, la cláusula de comisión de apertura aparece entre las estipulaciones financieras de la escritura de préstamo hipotecario de 13 de junio de 2008. Es la cláusula 4ª.1 y aparece con la siguiente redacción: “**Comisión de apertura.** sin perjuicio de la comisión pactada en la escritura de concesión del préstamo, la ampliación del mismo devengará por una sola vez a favor de la caja, una comisión de apertura de **CIENTO CINCO EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (105,15 €)** , cuya liquidación y pago se realiza el día de hoy, adeudándose en la cuenta en la que se abona el importe de la ampliación del préstamo.”

A continuación de esta comisión, la cláusula cuarta recoge otras comisiones y gastos a cargo del prestatario: comisión por reembolso anticipado; comisión por reclamación de posiciones deudoras; comisión por modificación del contrato o de su garantías y comisión por subrogación.

Ya en la página 80 del contrato, bajo el epígrafe Orden de 5 de mayo de 1994, resaltada en negrita, se dice que de conformidad con la citada orden, la escritura ha estado redactada en el despacho del Notario en los tres días inmediatos anteriores al del otorgamiento, para su examen por la parte prestataria, cuyo derecho no han ejercido: y que no existe discrepancia entre las condiciones financieras de la oferta vinculante presentada por la entidad acreedora a la parte prestataria y las cláusulas financieras de la escritura.

La prueba practicada en los autos fue la documental acompañada por ambas partes ya que solo fue celebrada la audiencia previa, habiendo quedado los autos conclusos para sentencia.

Como ya dijimos en nuestra sentencia nº 322/23 de fecha 14 de julio de 2023, rollo de apelación nº 415/21, en el que se analizaba un caso idéntico siendo parte la entidad bancaria apelante: *“Para valorar la validez de la comisión de apertura debemos determinar en los términos expuestos si la cláusula cumple con los controles exigibles en condiciones generales de inclusión, transparencia y abusividad siendo la respuesta en este caso negativa.*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes mencionada de 16 de marzo de 2023, se refiere a la necesidad de valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula que establece el cobro de una comisión de apertura, siendo elementos pertinentes para garantizar su conocimiento la información obligatoria que la entidad financiera debe dar por ley al prestatario al igual que la información dada por dicha entidad en el contexto de la negociación del contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato, de forma que se pueda verificar si el prestatario se encontraba en condiciones de poder evaluar las consecuencias económicas que para él se derivan de esa cláusula y entender la naturaleza de los servicios prestados.

Indica en este sentido que “tal información tiene una importancia fundamental para el consumidor, pues en función, principalmente, de ella decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C:2014:282, apartado 70)”.

En el caso presente, la cláusula dedicada a la comisión de apertura no es clara ni es transparente, e induce a confusión.

Como se observa, la cláusula tal como está redactada hace referencia a dos comisiones de apertura, la comisión en la concesión del préstamo, y la comisión cuando se

produce la ampliación. Y así mientras la comisión por ampliación del préstamo parece ser es de 105,15 euros, entre la documentación adjunta que aporta la parte hoy apelada aparece que la comisión de apertura que se abonó fue de 1.108,50 euros, cantidad que se desconoce cómo se obtiene, y en concreto si se trata de un porcentaje sobre el total del capital prestado.

No se puede considerar acreditado en este caso, que el prestatario, en el contexto de la celebración del contrato, recibiese una adecuada información precontractual que le permitiese adquirir el conocimiento que el Tribunal de Justicia ha considerado relevante.

Las circunstancias aquí concurrentes difieren por tanto de las que se exponen en la Sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, lo que justifica que se aprecie una falta de transparencia, que como señala el Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 813 de 26 de mayo de 2023 provoca un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, determina que proceda rechazar el motivo del recurso y la confirmación del pronunciamiento en el que se declara la nulidad por abusiva de la cláusula que establece la comisión de apertura, ya que no queda acreditado que la entidad financiera haya informado plenamente sobre el contenido de la cláusula, de su funcionamiento y función dentro del contrato, con relación a los servicios efectivamente prestados y gastos en que incurrió, y ya solo su lectura induce a confusión.

TERCERO.- Costas de la alzada

El artículo 398.2 de la LEC dispone: “cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.”

Así las cosas procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante, que pierde la cantidad consignada para su tramitación (Disp. Adic. 15ª.8 LOPJ).

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

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de CAIXABANK S.A. contra la Sentencia núm. 295/21 de 12 de marzo 2021 dictada por el Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia núm.6 de Castellón, en proceso ordinario núm. 895/2019, **CONFIRMAMOS** la resolución apelada e imponemos a la parte recurrente las costas de la segunda instancia.

Pierde la entidad apelante la cantidad consignada para la tramitación del recurso.

Contra esta Sentencia puede interponerse dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación recurso de casación que habrá de fundarse en la infracción de norma procesal o sustantiva siempre que concurra interés casacional, con arreglo a las normas del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso del que deberá conocer la Sala civil del Tribunal Supremo, con arreglo a lo preceptuado en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.