

CASACIÓN núm.: 919/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Sentencia núm. 816/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por CaixaBank S.A, representada por la procuradora D.^a Eva María Olmos Bittini, bajo la dirección letrada de D.^a Noelia Alonso Ciriano, contra la sentencia núm. 695/2018, de 27 de diciembre, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación núm. 627/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 210/2018, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mahón, sobre condiciones generales de la contratación. Es

parte recurrida D. Alfredo, representado por la procuradora Dña. Julia de la Cámara Maneiro y defendido por la letrada Dña. Margarita Quintana Subirats.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-*Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Julia de la Cámara Maneiro, en nombre y representación de D. Alfredo, interpuso demanda de juicio ordinario contra CaixaBank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«1º) Se declare la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura, regulada como Cuarta: Comisiones: Se estipulan a favor de LA CAIXA y a cargo de la parte acreditada las comisiones siguientes: Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (845,00 €). Folio 13.2 de la escritura de hipoteca aportada como documento nº 2.

»2º) Se condene a la demandada al reintegro de la cantidad indebidamente cobradas de OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (845,00€) pagando el día 21 de septiembre de 2005.

»3º) Se condene a la demandada al abono de los intereses legales desde la reclamación extrajudicial de la demanda.

»4º) Se declare la nulidad de la Comisión de reclamación de recibos regulado dentro del apartado cuarto de las COMISIONES, donde regula la reclamación de recibos de préstamos vencidos en DOCE EUROS (18.03 €) sic. Folio 13 de la escritura.

»5º) Se declare la Nulidad de la Cláusula de GASTOS que contiene pacto quinto: GASTOS A CARGO DE LA PARTE ACREDITADA: la parte acreditada asume el pago de los gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que estos documentos tengan acceso al

Registro de la Propiedad, de los derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el Registro. Folio 13.2 de la escritura.

»6º) Se condene a la demandada al reintegro de la cantidad indebidamente cobradas de que ascienden a 493,37 € por gastos de notario, 218,05 € por gastos de registro y 257,94 € por gastos de gestoría: total suman NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y SEIS CENTIMOS (969,36 €). Y al pago de los intereses desde la fecha de presentación.

»7º) Se declare la nulidad de la Cláusula de interés de demora, concretamente la CLÁUSULA SEXTA.- Las cantidades que no sean satisfechas por el prestatario a su vencimiento, devengarán desde dicho vencimiento a favor de CAIXA BANK S.A el interés de demora del 20,50% anual. Folio 13.2 y folio 14 de la escritura.

»8º) Se condene expresamente a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mahón y se registró con el núm. 210/2018. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Monserrat Miró Martí, en representación de CaixaBank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba su desestimación íntegra, con imposición de las costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mahón dictó sentencia n.º 197/2018, de 27 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de don Alfredo contra Caixabank S.A. y, en consecuencia, dispongo:

»1.- Declarar la nulidad de la cláusula cuarta, apartado A, sobre devengo de comisión de primera disposición a favor de la entidad bancaria.

»2.- Condenar a la parte demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 845 euros cobrados en concepto de comisión de primera disposición, más los intereses legales devengaos desde la fecha de presentación de la demanda.

»3.- Declarar la nulidad de la cláusula cuarta, apartado C, sobre comisión por gestión de reclamación de impagados.

»4.- Declarar la nulidad de la cláusula quinta sobre gastos a cargo de la parte prestataria.

»5.- Declarar la nulidad de la cláusula sexta sobre interés de demora con los efectos establecidos en la presente sentencia.

»6.- Condenar a la parte demandada a eliminar dichos apartados del préstamo hipotecario suscrito por las partes litigantes.

»7.- Condenar a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración.

»8.- Condenar a la parte demandada a reintegrar a la parte actora los gastos notariales por importe de 493,37 euros; los gastos registrales por importe de 218,05 euros; y los gastos de gestión por importe de 257,94 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de reclamación extrajudicial de la deuda.

Se condena a CaixaBank S.A. al pago de las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de CaixaBank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 627/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva establece:

«1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Monserrat Miró Martí, en representación de “CaixaBank, SA”, contra la Sentencia de fecha 27-junio-2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Maó, en los autos de Juicio Ordinario nº 210/2018, de que dimanen el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

»2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

»3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Monserrat Miró Martí, en representación de CaixaBank S.A., interpuso un recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de la Norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la interpreta en sus sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas: en concreto, aranceles de notario y gastos de gestoría.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y del artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la interpreta en sus sentencias 44, 46, 47, 48 y 49 /2019, de 23 de enero en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas: en concreto, comisión de apertura».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, sólo ha comparecido la parte recurrente, se dictó auto de fecha 12 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Caixabank, S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 627/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 210/2018, seguido ante Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mahón».

3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de julio de 2021, en que tuvo lugar. En esa deliberación, la Sala acordó oír a las partes sobre la posibilidad de planteamiento de una cuestión prejudicial.

5.- La petición de decisión prejudicial se formuló por auto de 10 de septiembre de 2021 y dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21).

6.- Recibida la sentencia del TJUE, se acordó conceder trámite de audiencia a las partes, lo que solo realizó la parte recurrente.

7.- Evacuado dicho trámite, se señaló para nueva deliberación, votación y fallo el día 4 de mayo de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 21 de septiembre de 2005, D. Alfredo, que tenía la condición legal de consumidor, celebró un contrato de crédito con garantía hipotecaria con CaixaBank S.A., que incluía, entre otras, una cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos derivados del contrato, y otra cláusula sobre comisión de apertura, con el siguiente contenido:

«PACTO CUARTO. Comisiones».

«Se estipulan, a favor de La Caixa y cargo de la PARTE ACREDITADA las comisiones siguientes:

a) **Comisión de apertura:** sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a **la cantidad de ochocientos cuarenta y cinco euros (845,00 €)**

[...].»

(El subrayado y las negritas figuraban así en la escritura).

2.- El contrato funcionó en la práctica como un préstamo, no como un crédito, y en el mismo momento de su firma el cliente dispuso del total de 130.000 € y pagó 845 € en concepto de comisión de apertura.

3.- El Sr. Alfredo presentó una demanda contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitó la nulidad de las mencionadas cláusulas y la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de su aplicación. En el caso de la comisión de apertura solicitó expresamente que:

«Se declare la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura, regulada como Cuarta: Comisiones: Se estipulan a favor de LA CAIXA y a cargo de la parte acreditada las comisiones siguientes: Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular

sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (845,00 €)».

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad, entre otras, de las cláusulas de gastos y comisión de apertura y condenó a la entidad prestamista a pagar al demandante las cantidades abonadas por tales conceptos.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por el banco, por considerar que la atribución del pago de los gastos al consumidor era abusiva y porque la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

6.- El banco demandado interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue admitido a trámite.

7.- Señalada una primera deliberación para votación y fallo, la Sala acordó plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por lo que dictó auto de 10 de septiembre de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

«1. ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?».

»2.- ¿Se opone al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la

obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?.

»3.- ¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?.

8.- El TJUE dictó la sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), cuyo fallo establece:

«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.

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Planteamiento*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49 de 2019, de 23 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que conforme a la jurisprudencia de esta sala, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye el prestatario consumidor el pago de todos los gastos derivados del contrato, no cabe que los mismos los asuma en exclusiva el banco, sino que deben repartirse según ley, por lo que los gastos de notaría y gestoría deben abonarse por mitad.

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre el primer motivo de casación. Reiteración de la jurisprudencia sobre distribución de gastos en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores*

1.- Esta sala, tanto en su propia jurisprudencia, como por asunción de la emanada del TJUE, ha establecido los criterios que deben regir la distribución de gastos derivados de la celebración de los préstamos hipotecarios una vez que la cláusula contractual que atribuía su pago en exclusiva al prestatario/consumidor es declarada abusiva, cuando se trata de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

2.- Sobre la abusividad de ese tipo de cláusulas, declaramos en las sentencias de Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019:

«si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato,

que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual».

3.- Como hemos declarado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, esta doctrina jurisprudencial de la Sala ha sido confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Las consecuencias prácticas de la citada jurisprudencia en relación con las partidas discutidas en el recurso de casación, son las siguientes:

(i) Por lo que se refiere a los gastos de notaría, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) deben ser abonados por los interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad.

(ii) Respecto de los gastos de gestoría, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista.

5.- Lo expuesto conlleva que el primer motivo del recurso de casación deba ser estimado únicamente en lo relativo a los gastos de notaría, que han de distribuirse por mitad (por lo que el banco deberá abonar 246,68 €). Mientras que la sentencia recurrida debe confirmarse tanto respecto de los gastos de inscripción en el registro de la propiedad como de los gastos de gestoría.

CUARTO.- *Segundo motivo de casación. Planteamiento*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y del art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLUCU) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49 de 2019, de 23 de enero.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, de manera resumida, que la comisión de apertura, junto con el interés remuneratorio,

conforma el precio del préstamo, que no constituye un gasto, sino la remuneración por la prestación de un servicio y que está excluida del control de contenido.

QUINTO.- *Decisión de la Sala sobre el segundo motivo de casación. Normativa aplicable a la comisión de apertura*

1.- En las normas de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias.

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (bajo cuyo régimen se celebró el contrato litigioso), en el apartado 4 de su anexo II, estableció lo siguiente:

«4. Comisiones.

«1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

»2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la “comisión de apertura”, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

»c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

2.- Este tratamiento diferenciado entre la comisión de apertura y las restantes comisiones bancarias se mantuvo en la redacción originaria de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Su artículo 5 establecía lo siguiente sobre las obligaciones de transparencia en relación con las tarifas de comisiones y gastos:

«1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las

contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas.

»En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

»2. No obstante lo establecido en el apartado anterior:

[...]

»b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, **la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito.** En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito.

»Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito». (Énfasis añadido)

3.- En la actualidad, este régimen legal está contenido en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 14, relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, establece lo siguiente:

«3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

»4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Además de que en el nuevo régimen legal subsiste el tratamiento diferenciado de la comisión de apertura respecto de las demás comisiones aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, hay que destacar que esta comisión de apertura responde a gastos «inherentes» a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, por lo que no incluye ningún otro tipo de gastos que no resulten inherentes a esa concesión.

SEXTO.- *Jurisprudencia previa nacional y comunitaria sobre la comisión de apertura (o conceptos afines denominados de otra forma en otros derechos nacionales)*

1.- Esta sala se pronunció sobre el control de abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios en la sentencia del pleno 44/2019, de 23 de enero. En esa sentencia, tomamos en consideración el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideramos que esta comisión (que retribuye las actividades de estudio, de concesión, o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Declaramos, igualmente, que no estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios.

2.- La mencionada sentencia 44/2019, partiendo de las anteriores premisas, concluyó que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de estas actuaciones (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo», por utilizar los términos de la normativa bancaria sobre transparencia antes transcrita. Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo

habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.

3.- En cuanto a la transparencia de la comisión de apertura (esto es, que la cláusula en que se establece sea clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE), la mencionada sentencia de pleno afirmó que la normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

Pero en ningún extremo de la sentencia afirmamos que la cláusula que establece la comisión de apertura superaba «automáticamente» el control de transparencia. Por el contrario, lo que declaró la mencionada sentencia 44/2019, de 23 de enero, es que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia» (así se encabezaba significativamente el fundamento jurídico tercero, en que se resolvía sobre la abusividad de la cláusula) y que «el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia».

4.- A su vez, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la comisión de apertura, respecto de un contrato de préstamo con consumidores celebrado en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE, en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, en cuya parte dispositiva declaró:

«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».

5.- En relación con una comisión similar, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, *Gyula Kiss*), estableció lo siguiente:

«38 En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal preveía gastos de gestión a un tipo anual del 2,4 % durante un período de 240 meses, gastos que se calculaban, durante el primer período anual, sobre la totalidad del préstamo y, durante los períodos siguientes, sobre el importe adeudado el primer día del período anual considerado. Además, en virtud del contrato, el demandante se obligaba a pagar 40 000 HUF en concepto de comisión de desembolso.

»39 Por lo tanto, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas.

[...]

»45 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes».

6.- Asimismo, esta sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17) destacó en su apartado 54 que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente

proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

En su apartado 55, afirmó que «[a] menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional».

Y en el apartado 56 concluyó que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

7.- Este criterio fue reiterado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (*Profi Credit Polska S*), al precisar en su apartado 75:

«Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 43)».

SÉPTIMO.- *La STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21)*

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). Más específicamente, el apartado 35 precisa:

«[i]ncumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato».

(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).

4.- A su vez, a efectos de examinar la posible abusividad de la condición general, el TJUE considera:

(i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse que el prestamista 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 (apartado 50).

(ii) Respecto del desequilibrio importante, que no cabe afirmar que una cláusula que establezca una comisión de apertura en un préstamo o crédito hipotecario no respete en todo caso el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, sino que habrá que valorar que el coste no sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo o que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor (apartados 51, 58 y 59).

5.- Es decir, en cuanto al control de contenido el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan

en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

OCTAVO.- *Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE.*
Aplicación al caso

1.- Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar 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:

«[u]na 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.

En concreto, el resto de las comisiones vienen definidas y reguladas aparte, en los siguientes términos:

«c) Comisión de gestión de reclamación de impagados de dieciocho euros y tres céntimos de euro (18.03 €) por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escrito solicitando su regularización, sin perjuicio del derecho de “La Caixa” a modificar el importe de la misma, siempre que la referida modificación haya sido debidamente comunicada al Banco de España, publicada en las tarifas de comisiones de “La Caixa” y oportunamente comunicada al cliente con antelación razonable a su aplicación».

«d) Comisión de compromiso sobre la parte del crédito no dispuesta, que se devengará día a día, se liquidará el último día de cada período y se hará efectiva por vencido el primer día del período de pago siguiente: cero por ciento (0%)».

«e) Comisión por amortización anticipada: La parte acreditada podrá realizar amortizaciones anticipadas siempre que se encuentre al corriente en el pago de lo debido con arreglo a esta escritura y que su importe sea superior al cinco por ciento del límite del crédito. Se aplicará una comisión de cincuenta centésimas de entero por ciento (0,50%) sobre el importe de dicha amortización, que se liquidará y satisfará por la parte acreditada en el momento de su efectiva realización».

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.

Y la estimación de este motivo de casación tiene como consecuencia la estimación en parte el recurso de apelación de la entidad prestamista, a fin de revocar la declaración de nulidad de la comisión de apertura.

NOVENO.- *Costas y depósitos.*

1.- Al haberse estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por él, conforme previene el art. 398.2 LEC.

2.- Como la estimación del recurso de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa imposición de sus costas, según determina el mismo art. 398.2 LEC.

3.- Debe mantenerse la condena en costas de la primera instancia, pese a la estimación parcial de la demanda, en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Igualmente, debe ordenarse la devolución del depósito constituido para los recursos de apelación y de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por CaixaBank S.A. contra la sentencia núm. 695/2018, de 27 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 5ª), en el Recurso de Apelación núm. 627/2018, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por CaixaBank S.A. contra la sentencia núm. 197/2018, de 27 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mahón, en el juicio ordinario núm. 210/2018, que

revocamos en parte, en el sentido de declarar que los gastos de notaría han de distribuirse por mitad, por lo que el banco deberá abonar 246,68 €; y que la comisión de apertura no es nula.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y de casación.

4.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.