



SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

D./D^a. GUZMÁN ELISEO SAVIRÓN DÍEZ

En Las Palmas de Gran Canaria, a 19 de junio de 2023.

VISTO, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 26 de abril de 2022, seguidos a instancia de D./D^{ña}. Hilaria y Aniceto representados por el Procurador/a D./D^{ña}. ARACELI FERNANDEZ MUÑIZ y dirigidos por el Abogado/a D./D^{ña}. JUAN LAUREANO PEREZ CABRERA, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. representados por el Procurador/a D./D^{ña}. GEMMA DONDE-RIS DE SALAZAR y dirigidos por el Abogado/a D./D^{ña}. SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia estimando la demanda y con condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de BBVA, S.A..

La representación procesal de DOÑA HILARIA Y DON ANICETO formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 13 de junio de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación



La sentencia de instancia estima la declaración de nulidad de la cláusula de de gastos y la de comisión de apertura. Con condena en costas a la entidad demandada.

Interpone recurso de apelación la parte demandada.

La parte actora se opone al recurso y pide la confirmación de la sentencia, que no ha impugnado.

SEGUNDO. Decisión de esta Sala sobre la validez de la cláusula de comisión de apertura.

La Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 29 de mayo de 2023 (Pte: D. PEDRO JOSÉ VELA TORRES), interpretando varias sentencias del TJUE y, en especial, la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), establece los criterios que deben seguirse para decidir, no de forma general sino analizando caso por caso, sobre la validez de la cláusula de apertura.

Con todos los respetos hacia nuestro Alto Tribunal, esta Sala no puede estar de acuerdo con los razonamientos ni con las conclusiones a la que llega la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2023.

A continuación, vamos a intentar explicar el por qué de esa discrepancia.

1. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS DE COMISIÓN DE APERTURA.

1.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2023.

La STS transcribe en primer lugar los elementos que, conforme al la STJUE de 16 de marzo de 2023, 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:

“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 adquiera 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**).*”

A continuación, la STS de 29 de mayo de 2023 aplica dicha doctrina y concluye lo siguiente:

“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.”

1.2. Decisión de este Tribunal.

A. Si analizamos los fundamentos de la STS de 29 de mayo de 2023 sobre la transparencia de la cláusula de comisión de apertura, lo primero que llama la atención es que para tomar una decisión al respecto solo transcribe, total o parcialmente, cuatro apartados de la STJUE de 16 de marzo de 2023 (los apartados, **32, 42, 43 y 46**).

Resulta, sin embargo, que la STJUE de 16 de marzo de 2023 dedica a los requisitos de transparencia de la cláusula de comisión de apertura nada más y nada menos que 17 apartados (**del 31 al 47**).

B. La STS de 29 de mayo dice lo siguiente:

- Que de acuerdo con el **apartado 42** de la STJUE de 16 de marzo de 2023, lo que hay que hacer es **examinar 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) y que todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa.

- Que 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.

- Que la propia sentencia del TJUE asume **el 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).

- Que **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.

- Que 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.

C. Entiende este Tribunal que el análisis que hace la STS de 29 de mayo de 2023 centrándose en el **apartado 42** de la STJUE de 16 de marzo de 2023 no tiene en



cuenta lo que dicha STJUE deja sentado **en el resto de los 17 apartados** (del 31 al 47) que dedica a los requisitos de transparencia de la cláusula de comisión de apertura.

Veámoslos:

- 31** Así pues, la mencionada exigencia debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 67 y jurisprudencia citada).
- 32** **Ciertamente, de esa jurisprudencia no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar “en el contrato” de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales. No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.** Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 43).
- 33** Es jurisprudencia asentada que **el carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuentan la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo,** y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 68 y jurisprudencia citada).
- 34** En el apartado 69 de la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578), el Tribunal de Justicia declaró que la exigencia de transparencia que resulta tanto del artículo 4, apartado 2, como del artículo 5 de la Directiva 93/13 se opone a una jurisprudencia nacional según la cual se considere que una cláusula contractual es en sí misma transparente sin que sea necesario que el juez competente lleve a cabo un examen como el descrito en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia.



- 35 A tal respecto, en el apartado 70 de la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578), el Tribunal de Justicia puntualizó que **incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera 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, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.
- 36 En su petición de decisión prejudicial, el Tribunal Supremo ha destacado que, contrariamente a la información facilitada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente en los asuntos Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19), de su jurisprudencia no se desprende en absoluto que deba considerarse que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura, como la controvertida en el litigio principal, cumple «automáticamente», a la vista en particular de las obligaciones que fija la normativa nacional pertinente, la exigencia de transparencia que resulta tanto del artículo 4, apartado 2, como del artículo 5 de la Directiva 93/13. En este contexto el Tribunal Supremo plantea al Tribunal de Justicia la posibilidad de tener en cuenta, para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula, los elementos que menciona en la segunda cuestión prejudicial.
- 37 Procede recordar sobre este particular que, en el marco del procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE, basado en una clara separación entre las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y las del Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos y del Derecho nacional corresponde exclusivamente al juez nacional (véase, en particular, la sentencia de 19 de septiembre de 2019, Lovasné Tóth, C-34/18, EU:C:2019:764, apartado 42). Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que no le corresponde pronunciarse, en un procedimiento prejudicial, sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional nacional es correcta, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (véase, en particular, la sentencia de 25 de noviembre de 2020, Sociálna poisťovňa, C-799/19, EU:C:2020:960, apartado 45).
- 38 Por consiguiente, la segunda cuestión prejudicial ha de responderse sobre la base de la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente según la cual, en virtud de la jurisprudencia nacional pertinente, no se considera que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura, como la controvertida en el litigio principal, cumpla automáticamente la exigencia de transparencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13.
- 39 Por lo que atañe a la valoración del carácter claro y comprensible de tal cláusula, la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia indica que **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 deriven 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.

- 40 **En esa valoración deben tomarse en consideración**, en particular, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 33 de la presente sentencia, el tenor de la cláusula examinada, **la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario**, incluida la que esté obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente, y la publicidad que dicha entidad realice en relación con el tipo de contrato suscrito, todo ello teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.
- 41 Sobre ese particular, y por lo que respecta a los elementos a que se refiere la segunda cuestión prejudicial, ha de observarse, en primer lugar, que **el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y el modo en que están redactadas dichas cláusulas en un contrato concreto, como el controvertido en el litigio principal, son dos cuestiones distintas. Por consiguiente, la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible.**
- 42 En segundo lugar, la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional es un elemento pertinente para la valoración del carácter claro y comprensible, al igual que lo es, con carácter general, la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato. En efecto, 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, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70).
- 43 En tercer lugar, debe tomarse asimismo en consideración, como información ofrecida por el prestamista en el contexto de la negociación del contrato, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 44).
- 44 En cuarto lugar, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula de comisión de apertura, puede tomarse en consideración la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito. De acuerdo con la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 33 de la presente senten-



cia, en efecto, procede tener en cuenta, en esa valoración, el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

- 45 *Por último, por lo que respecta, en quinto lugar, a la característica consistente en que la redacción, ubicación y estructura de una cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato, ha de observarse que, habida cuenta de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, de la que resulta que, en principio, una cláusula como la controvertida en el litigio principal no es un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, tal característica corresponde a una hipótesis inexacta, de modo que no puede ser un elemento pertinente en el litigio principal.*
- 46 *En cambio, la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula.*
- 47 *Habida cuenta de los motivos anteriores, ha de responderse a la segunda cuestión prejudicial que 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,***

D. Antes de interpretar los apartados que la STJUE de 16 de marzo de 2023, este Tribunal quiere dejar sentadas ciertas reflexiones sobre la comisión de apertura.

Pues bien, resulta obvio para cualquier persona con un cierto sentido común, que si una persona acude a un banco para solicitar un préstamo, en este caso hipotecario, el banco o entidad financiera, para conceder o denegar al mismo, tenga que llevar a cabo una serie de estudios, investigaciones y análisis acerca de la previsibilidad de que dicha persona pueda ser capaz de devolver, en cuotas mensuales durante determinados años, la totalidad del dinero prestado junto con los intereses remuneratorios pactados.

Si el resultado de esos estudios, investigaciones y análisis es positivo el banco concederá el préstamo. Si es negativo, lógicamente, el banco denegará el préstamo.

De esta última aseveración surge un primer interrogante que, por lo menos, este Tribunal no sabe responder: **¿Por qué, si esos estudios, investigaciones y análisis son, por un lado, ajenos a la actividad ordinaria de un banco (y por eso deben ser retribuidos independientemente) y, por otro, se llevan a cabo en todas las ocasiones en que una persona pide un préstamo hipotecario, sin embargo no se cobran a aquellos a quienes se les deniega y sí que se cobran a los que se les concede?**

Vayamos con otras incertidumbres e interrogantes.



Una cosa es que resulte obvio que el banco tenga que llevar a cabo estudios, investigaciones y análisis acerca de la previsibilidad que el solicitante de un préstamo hipotecario pueda ser capaz de devolver el dinero prestado, y por eso no cabe ninguna duda de la comisión de apertura es legal, y otra muy distinta es conocer cuántos y cuáles son en concreto esos estudios, investigaciones y análisis y, por supuesto, su precio.

Lo cierto es que el ciudadano no especialmente versado en cuestiones bancario-financieras, entre los que se incluyen los miembros de este Tribunal y el casi cien por cien de los solicitantes de préstamos hipotecarios, **desconoce de forma casi absoluta qué es lo que sucede en un banco o entidad financiera en el lapso de tiempo que transcurre desde que solicita un préstamo hipotecario hasta que se le comunica que el mismo ha sido aprobado o denegado.**

Sí que sabemos de la existencia de un enigmático “departamento de riesgos” pero desconocemos todo acerca del mismo. Y, por supuesto, como ya adelantábamos, desconocemos cuántos y cuáles son en concreto los estudios, investigaciones y análisis que lleva a cabo el “departamento de riesgos” para decidir en cada caso individualizado si a una persona, concreta y determinada, se le concede o no un préstamo hipotecario.

No obstante, aun partiendo de este absoluto desconocimiento, sí que hay algunas conclusiones a las que, aplicando la lógica y el sentido común, puede llegar cualquier ciudadano medio que pide un préstamo cuando se le comunica que van a cobrarle una comisión de apertura que “retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo”:

1. El número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios no puede ser el mismo cuando una persona pide un préstamo y la finca que va a ser hipotecada tiene un valor de tasación de 500.000 euros que cuando dicha finca tiene un valor de tasación de 200.000 euros.
2. El número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios no puede ser el mismo cuando una persona pide un préstamo y esa persona es un funcionario de alto o medio nivel, con un sueldo garantizado de por vida que cuando esa persona es un autónomo o tiene un trabajo, temporal o indefinido, en una empresa privada.
3. El número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios no puede ser el mismo en el caso de una persona que pide un préstamo y el coste de la cuota mensual del préstamo no llega al 30% de su salario que en el caso de que dicha cuota sobrepase el 45% o el 50% de dicho salario.
4. El número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios no puede ser el mismo en el caso de una persona que pide un préstamo y esa persona nunca ha pedido anteriormente ningún otro préstamo, que en el caso de otra persona, con idénticas circunstancias económicas, pero que ya tiene que hacer frente a otros préstamos anteriores, personales, de consumo o hipotecarios.
5. El número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios no puede ser el mismo en el caso de una persona que pide un préstamo y se le concede sin prestar ningún tipo de garantía adicional que en el caso de que a



dicha persona se le exija que el préstamo debe estar avalado por una tercera persona o que preste cualquier otro tipo de garantía adicional.

E. Expuesto lo anterior es cuando, a juicio de este Tribunal, tienen sentido los requisitos de transparencia de la cláusula de comisión de apertura que fija la STJUE de 16 de marzo de 2023 **en los apartados 31 al 47** y que esta Sala entiende, con todos los respectos, que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta en su Sentencia de 29 de mayo de 2023.

Veámoslos y comprobemos si se cumplen o no en el caso presente:

1. *“Ciertamente, el prestamista no está obligado a precisar en el contrato o en la cláusula de comisión de apertura la naturaleza de todos los servicios de estudio realizados, pero es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.” **(apartado 33)**.*

En el presente caso del contrato, más allá de la cláusula de comisión de apertura, no pueden razonablemente entenderse la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados.

2. *“El carácter claro y comprensible de la cláusula de comisión de apertura debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuentan la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo.” **(Apartado 33)**.*

En el presente caso ninguna prueba existe de que se haya informado al cliente sobre cuántos y cuáles fueron los estudios llevados a cabo.

3. *“Incumbe al juez comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera 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.” **(Apartado 35)**.*

En el presente caso ninguna prueba existe de que se haya informado al cliente sobre cuántos y cuáles fueron los estudios llevados a cabo.

4. *“El juez 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 deriven para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.” **(Apartado 39)**.*

En el presente caso, dado que ninguna prueba existe de que se haya informado al cliente sobre cuántos y cuáles fueron los estudios llevados a cabo, resulta imposible que el mismo pudiera evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de dicha cláusula, así como entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.



5. “En esa valoración deben tomarse en consideración la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario, incluida la que esté obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente.” **(Apartado 40)**.

A diferencia de lo que sostiene el TS en su Sentencia de 29 de mayo de 2023, la información que el banco está obligada a ofrecer conforme a la normativa nacional pertinente no opera como un máximo o tope que le exime de dar cualquier otra información, sino como un mínimo.

6. “El conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y el modo en que están redactadas dichas cláusulas en un contrato concreto, como el controvertido en el litigio principal, son dos cuestiones distintas. Por consiguiente, la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible.” **(Apartado 41)**.

A diferencia de lo que sostiene el TS en su Sentencia de 29 de mayo de 2023, no basta con que la cláusula figure claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones y sus términos estén resaltados y que quede claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial.

7. “El juez 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 la cláusula de comisión de apertura.” **(Apartado 46)**.

Pues bien, a la vista de lo expuesto en los puntos 1 a 6 que se acaban de exponer, **esta Sala considera que en el presente caso el cliente no estaba en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivaban para él de la cláusula de comisión de apertura inserta en el contrato de préstamo hipotecario y es por ello por lo que se declara su nulidad por falta de transparencia.**

2. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LAS CLÁUSULAS DE COMISIÓN DE APERTURA.

2.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2023.

La STS transcribe en primer lugar los elementos que, conforme al la STJUE de 16 de marzo de 2023, debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es o no abusiva:

“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 estén ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor (**apartados 51, 58 y 59**).

A continuación, la STS de 29 de mayo de 2023 aplica dicha doctrina y concluye lo siguiente:

“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.

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.”

2.2. Decisión de este Tribunal.

A. Si analizamos los fundamentos de la STS de 29 de mayo de 2023 vemos que, partiendo de algo obvio como es que la comisión de apertura no es en sí misma abusiva, se centra solo en dos aspectos para concluir que en el caso concreto la referida cláusula no es abusiva:

- *Que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor.*

- *Que el importe cobrado de 845 € sobre un capital de 130.000 € no es desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital y, según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.*

B. Entiende este Tribunal que el análisis que hace la STS de 29 de mayo de 2023 no tiene en cuenta la totalidad de apartados que la STJUE de 16 de marzo de 2023 dedica al control de abusividad de la cláusula de comisión de apertura.

Veámoslos:



La STJUE de 16 de marzo de 2023 dice lo siguiente sobre el control de abusividad de la cláusula de comisión de apertura:

- 50 **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 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 74).
- 51 **En cuanto a la existencia de un posible desequilibrio importante, su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar 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, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una 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).
- 52 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 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 76).
- ...
- 56 Basándose en esas indicaciones, y con arreglo a los principios que se han recordado en el apartado 51 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha declarado, en esencia, que **una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.**



- 57 *Una vez precisado lo anterior, la valoración de la posible existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes por lo que concierne al cobro de la comisión de apertura, cuyo destino, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, es cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario debe efectuarse por el juez competente, a la luz del conjunto de criterios fijados por la jurisprudencia reiterada que se ha recordado en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia.*
- 58 *A tal respecto, por lo que respecta a cláusulas de contratos de préstamo que se refieren a comisiones también previstas por el Derecho nacional, el Tribunal de Justicia aplicó esos criterios en el apartado 55 de la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank (C-621/17, EU:C:2019:820), al declarar 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 dichos gastos y dicha comisión sean desproporcionados a la vista del importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que dichas cláusulas incidan negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor.*
- 59 *Por esos mismos motivos, **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.*
- 60 *Procede puntualizar asimismo que **sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendería que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. En efecto, esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos por la Directiva.***
- 61 ***Habida cuenta de los motivos anteriores, 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.

C. Transcritos los apartados que la STJUE de 16 de marzo de 2023 dedica al control de abusividad de la cláusula de comisión de apertura, comprobemos si se cumplen o no en el caso presente:

1. *“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”.*
(Apartado 50)

Esta Sala entiende que cobrar un precio, el que sea, por la prestación de unos servicios sin decir ni una sola palabra sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios **NO FUE TRATAR DE MANERA LEAL a DOÑA Hilaria Y DON Aniceto.**

Esta Sala entiende que cobrar un precio, el que sea, por la prestación de unos servicios sin decir ni una sola palabra sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios y sin informar de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado por **NO FUE TRATAR EQUITATIVAMENTE a DOÑA Hilaria Y DON Aniceto.**

Esta Sala entiende que, a la vista de que BBVA, S.A. no informó sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado, **BBVA, S.A. NO PODÍA ESPERAR RAZONABLEMENTE QUE DOÑA HILARIA Y DON ANICETO ACEPTARÍA UNA CLÁUSULA DE ESE TIPO EN EL MARCO DE UNA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL.**

2. *“En cuanto a la existencia de un posible desequilibrio importante, su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar 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, de un obs-*



táculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”. (**Apartado 51**)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2023 (Pte: D. PEDRO JOSE VELA TORRES) dice lo siguiente:

“4.- Como hemos declarado en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 29/2022, de 18 de enero, **“la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros, y se compromete en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo”**”.

Pues bien, aplicando la doctrina que se acaba de exponer a la cláusula de comisión de apertura, esta Sala entiende que la falta de transparencia de la cláusula de comisión de apertura no es inocua para el consumidor, sino que **provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe**, puesto que, al ignorar el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado, el cliente no puede comparar dicha comisión de apertura con las de otros préstamos. Esta falta de transparencia también **agrava su situación jurídica**, puesto que se le cobra una comisión como retribución de unos servicios cuyo número, tipo, duración, complejidad y coste ignora por completo.

3. “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”. (**Apartado 52**).

Esta Sala entiende que en el presente caso, el hecho de que BBVA, S.A. no informara a DOÑA HILARIA Y DON ANICETO sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado, impide que el juez pueda “tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios” incluidos en la comisión de apertura, lo que la convierte en abusiva.

4. “... la comisión de apertura, ... 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.” (**Apartado 59**).



Esta Sala se pregunta cómo puede el juez comprobar que la comisión de apertura analizada en el caso presente responde a la remuneración de los servicios de BBVA, S.A. relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación **SINGULARIZADA** de la solicitud de préstamo o crédito hipotecario solicitado por DOÑA HILARIA Y DON ANICETO si resulta que no existe ni una sola prueba o evidencia sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado.

5. *“Sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. En efecto, esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos por la Directiva.”*
(Apartado 60)

Esta Sala entiende que la doctrina expuesta en la STS de 29 de mayo de 2023 según la cual para decidir si la comisión de apertura es o no abusiva solo procede examinar que los servicios que se retribuyen con esta comisión no estén ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor y que el importe cobrado sea o no desproporcionado dependiendo de si está o no en la horquilla entre 0,25% y 1,50% del capital, puede limitar y limita la facultad de los tribunales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen de la potencial abusividad de las cláusulas de comisión de apertura, motivo por el cual esta Sala se aparta de dicha doctrina y, atendiendo a lo expuesto en los apartados anteriores, declara la cláusula de comisión de apertura examinada en el presente caso nula por ser abusiva.

Por todo lo expuesto se desestima el recurso.

TERCERO. Costas

Las costas de la apelación desestimada se imponen a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y de pertinente aplicación, en nombre del Rey

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BBVA, S.A. confirmando la sentencia de instancia. Con condena a la parte apelante al pago de las costas de la apelación.



Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

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