

La COMISIÓN DE APERTURA te la cobra el Banco en el momento de formalizar la hipoteca, y podemos recuperarte el importe que pagastes, mas los intereses desde la fecha de pago, que pueden oscilar entre unos 1.000 a 4.000 euros.

Ahora no hay duda. La jurisprudencia del TJUE es clara.

Llamanos al 988 21 10 22. La reclamación a ti te saldrá gratis. Solo cobramos las costas del Banco si se gana; si se pierde no te cobramos nada.

La reciente STJUE 16 3 2023 rechaza expresamente, y de manera contundente, todas y cada una de las 3 cuestiones prejudiciales planteadas por el TS (la 1ª, la 2ª y la 3ª).

El TJUE falla en contra del criterio sostenido por el TS porque:

1) En la 1ª cuestión prejudicial.

En contra de lo sostenido por el TS, el TJUE considera que la comisión de apertura sí está sujeta al mecanismo de control de cláusulas abusivas.

La comisión de apertura no se considera parte del objeto principal del contrato (el precio del contrato), como así lo entendía erróneamente el TS en su Sentencia del año 2019 (la cual consideraba válida la CA), y así lo mantuvo ante la Sala. Vid Considerando 23.–en lo sucesivo Considerando = a &-,

La STJUE 16 3 2023 confirma pues el criterio del TJUE seguido en STJUE 16 7 2020 que señalaba que la CA no puede considerarse una prestación esencial de un contrato de préstamo hipotecario por el hecho de que tal comisión no esté incluida en el coste total de éste (Vid & 19). El TJUE considera que la prestación esencial de un contrato de préstamo es el dinero prestado, y no la comisión de apertura (Vid & 18)

2) En la 2ª cuestión prejudicial.

El TS planteaba al TJUE si, de forma automática, debía valorarse que una cláusula de comisión de apertura es clara y comprensible para todos los consumidores, de forma general, porque:

- la comisión de apertura es de conocimiento generalizado entre los consumidores,
- la entidad está obligada a informar a los consumidores obligatoriamente, y el TS presupone que el banco informa siempre a los consumidores,
- la publicidad que hacen las entidades bancarias sobre la comisión de apertura es mucha y es conocida siempre por todos los consumidores
- la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que es algo tan importante para el prestatario como el tipo de interés que el Banco cobra y el importe de la cuota mensual a pagar, y que por tanto presta atención a dicha cláusula.

El TJUE ha rechazado la posición del TS pues considera que es importante proteger al consumidor porque éste está en condiciones de inferioridad con respecto al banco, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información (Vid & 32).

Considera el TJUE que el órgano jurisdiccional nacional debe COMPROBAR Y VERIFICAR, para un concreto consumidor, en un concreto contrato de préstamo:

“ 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 –sic., la comisión de apertura-, y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que éstos retribuyen” Vid & 47).

Por tanto, EL JUEZ NACIONAL, en cada caso concreto, DEBE COMPROBAR, y VERIFICAR, para cada consumidor individual, en cada contrato de préstamo individual:

-Todos los aspectos de hecho pertinentes habidos dentro de una precontractual negociación individualizada del contrato de préstamo. Se trata de ver las circunstancias propias de cada caso en particular.

-Si ha habido o no negociación individualizada sobre la comisión de apertura.

-Si se le ha informado precontractualmente al consumidor que debía pagar una comisión de apertura.

-Si ha habido o no información concreta al consumidor sobre la comisión de apertura y las consecuencias económicas que se derivan para él.

- Si se le ha informado concretamente al consumidor de la naturaleza de los servicios que efectivamente se prestan y se le remuneran al banco al cargarle en su cuenta bancaria una comisión de apertura.

Si se le ha explicado concretamente, a un consumidor concreto, *cuáles eran los servicios concretos relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación* singularizada de la solicitud del préstamo que a él se le iba a conceder.

Es decir, si se le ha explicado al concreto consumidor, que servicios concretos se estaban remunerando con el cobro de la comisión de apertura; y que gastos estaba teniendo el banco y el consumidor le pagaba con el cargo de la comisión de apertura.

Para esto debían explicarse detalladamente al consumidor la naturaleza de los servicios que se estaban realizando como contrapartida de los gastos previstos en la comisión de apertura.

- Si ha habido una ficha de información personalizada, o no, debidamente firmada por el cliente y entregada al cliente con un recibí firmado por éste, y con la suficiente antelación.
- Si ésta fiper se ha entregado al consumidor 15 días antes de firmar el contrato.
- Si resulta que la remuneración del préstamo es el tipo de interés que se cobra, de forma que desde que el banco acepta dar un préstamo hipotecario, su remuneración son los intereses que va a cobrar, siendo que el banco debe asumir los gastos que ha tenido para evaluar si el consumidor era apto o no para concederle el préstamo y si el bien era o no apto para hipotecar.

Sin embargo, al cobrar el interés remuneratorio y la comisión de apertura (conjuntamente, uno más otro), existe un solapamiento “entre los distintos gastos previstos en el

contrato y entre los servicios que éstos retribuyen”; es decir, que se están cobrando dos veces por el banco unos servicios y gastos, pues para dar un préstamo, es ínsito o inherente a la naturaleza de la actividad de prestar dinero, estudiar previamente si el consumidor tiene o no capacidad económica de devolución del principal, examinar si la finca a hipotecar está libre de cargas, el valor de mercado de dicha finca, introducir los datos del cliente en el ordenador, etc.

Es lógico y razonable considerar que “los servicios proporcionados (sic. por el Banco), como contrapartida de la comisión de apertura, se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo” (vid & 58). Si ya se cobra el interés remuneratorio mensualmente, es esa la remuneración del banco, por lo que se duplica el cobro de los servicios, al sumar al cobro del interés, el cobro de la comisión de apertura.

Es el Banco el que debe probar todos y cada uno los anteriores aspectos de hecho dentro de una negociación individualizada.

En Derecho de consumidores existe una inversión de la carga de la prueba, de forma que debe ser el banco el que pruebe la existencia de una negociación individualizada al respecto.

Lo que se presume no es la información, sino que se presume la existencia de una “imposición de la cláusula por parte del banco”, pues se trata de condiciones generales de la contratación que están predefinidas en el contrato, que “son lentejas, o las tomas o las dejas”.

No se presume la información individualizada, sino que el Banco debía presentar como testigo en el Juzgado al Director de la oficina, o en su caso, al Gestor que ha atendido al cliente en el concreto marco de la información precontractual proporcionada al cliente para ese caso concreto. Y no lo ha hecho.

3) En la 3ª cuestión prejudicial.

En la 3ª cuestión prejudicial, el TS estaba diciendo al TJUE que la STJUE 16 de julio de 2020 venía condicionada porque el juez que le planteó la cuestión objeto de aquella Sentencia había “distorsionado” la exposición de la normativa interna y de la jurisprudencia española del TS. (vid & 11 y 53).

Pero el TJUE viene a rechazar esa apreciación subjetiva del TS, y deja claro que estaba bien ilustrado en 2020 y en 2023 de lo que es la regulación y jurisprudencia de la comisión de apertura en España.

Y en su & 60, el TJUE da un tremendo varapalo al TS, pues el TS su 3ª cuestión prejudicial (Vid & 48), venía sosteniendo que:

“Sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional –sic, se está refiriendo el TJUE a la doctrina del TS establecida en la Sentencia de 2019 que fue luego corregida por la STJUE de 6.7.2020 - 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 la solicitud de préstamo o crédito hipotecario, no causa en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Y el TJUE en el & 60, señala expresamente que esa interpretación del TS es contraria al art. 3, apartado de la Directiva 93/13. Dice así:

“**Procede PUNTUALIZAR** **asimismo que sería contraria al art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional –sic., del TS-, 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**”.

Está diciendo claramente el TJUE que la posición del TS (mantenida en su Sentencia de 2019 y postulada como correcta en su cuestión prejudicial al TJUE):

- infringe la Directiva 93/13,

-infringe el Derecho de la Unión,

-infringe la interpretación del Derecho de la Unión realizada por el TJUE,

- infringe el art. 4 bis de la LOPJ, a cuyo tenor, “... se realizará de acuerdo con la doctrina del TJUE”, y además

- **LIMITA LA FACULTAD DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LLEVAR A CABO, DE OFICIO, EN SU CASO, EL EXAMEN** de acuerdo con ésta disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión.

Recordemos que el **art. 4 bis LOPJ** dice así:

Artículo 4 bis.

1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por tanto, el TJUE está rechazando el criterio de la STS del año 2019, y está rechazando la posición del TS defendida ante el TJUE (pues recordemos, que fue el TS quien planteó los términos de las 3 cuestiones judiciales aquí planteadas, planteando al TJUE que éste no había valorado bien su posición jurisprudencial porque la había “distorsionado”, el juez que planteó la cuestión prejudicial que fue juzgada por la STJUE 16 7 2020.)

La contestación del TJUE a la 3ª cuestión prejudicial es la siguiente:

“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”.

El TJUE expone su jurisprudencia, que ha de ser acatada, a lo largo de toda su Sentencia, y además, entre los Considerandos 49 a 52, en los cuales fija criterios o indicaciones claras al juez “a quo”. Dice así:

& 49: El TJUE tiene entre sus competencias, la interpretación del concepto de “cláusula abusiva” al que se refiere el art. 3, apartado 1 de la Directiva 93/13. Si considerase el TJUE que la comisión

de apertura no era abusiva, tenía fácil así decirlo expresamente, pues el TS le estaba diciendo que él no la consideraba abusiva, pero el TJUE rechazó el criterio del TS .

& 49: Es el Juez a quo el que debe pronunciarse sobre la abusividad, teniendo en cuenta la Directiva 93/13 y las circunstancias propias del caso, siguiendo eso sí, las indicaciones del TJUE para apreciar el carácter abusivo de la cláusula que se trate.

& 50. En relación al criterio de “la buena fe” establecido en el art. 3, apartado 1) de la Directiva 93/13, el juez nacional “debe COMPROBAR a tal efecto si el PROFESIONAL, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, PODÍA ESPERAR RAZONABLEMENTE que ÉSTE ACEPTARÍA UNA CLÁUSULA DE ÉSTE TIPO EN EL MARCO DE UNA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL (tal y como dijo ya en su STJUE de 16.7.2020 CAixabank y BBVA).

Por tanto, si el TJUE está remitiendo a su STJUE de 16 7 2020, y en aquella se pronunciaba de forma favorable a la abusividad, en el presente caso es más de lo mismo (confirma su criterio).

Ni que decir tiene que, NO HA DEMOSTRADO EL BANCO LA EXISTENCIA DE UNA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL.

En el marco de esa negociación individual, si el consumidor tuviese la posibilidad de elegir y negociar, no elegiría ni negociaría pagar de buen grado la comisión de apertura, máxime cuando el consumidor le va a pagar al Banco miles de euros en intereses remuneratorios durante 20 o 30 años que durará el préstamo.

& 51: En cuanto al “desequilibrio importante”, éste no vendrá de la diferencia entre el importe de la comisión de apertura y el montante del crédito concedido, sino de la restricción del contenido de los derechos que tiene según las disposiciones nacionales aplicables, o de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

Sobre esto volveremos más adelante al comentar la STJUE 16 7 2020 (vid pp. 13 y ss. de éste escrito).

& 52.- Asimismo, el carácter abusivo de la cláusula 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 contrato, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato.

En el **& 55,** el TJUE aplica su Sentencia de 16 de julio de 2020 (que recordemos, era favorable a la nulidad de la comisión de apertura), en la cual el TJUE señaló que la “Ley 2/2009 exigía que las comisiones y gastos repercutidos al cliente respondieran a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”.

La entidad bancaria no ha demostrado que servicios prestó en cada caso concreto ni que gastos tuvo en cada caso concreto.

Los servicios proporcionados como contrapartida a la comisión de apertura se prestan en el ámbito de las prestaciones que el Banco debe ofrecer al consumidor dentro de su actividad, por lo que hay una duplicidad en su cobro.

CONCLUSIÓN:

El TJUE confirmó su Sentencia de 16 de julio de 2020, como era de esperar.

El TJUE rechaza la interpretación realizada por el TS en su Sentencia del año 2019 (la cual señalaba que la comisión de apertura no era nula)

Luego, la comisión de apertura es ilegal a la luz de la STJUE de 16 de julio de 2020 y de la STJUE de 16.3.2023.

LA STJUE 16 DE JULIO DE 2020 DECLARÓ:

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.*

Consideraba erróneamente el TS que la comisión de apertura tiene una normativa específica, que no obliga a demostrar los servicios que prestó al cliente para ser cobrada.

Y decimos que su consideración era y se ha demostrado que es errónea, pues el TJUE en su Sentencia de 16 7 2020 (véase su fallo), y la STJUE 16 3 2023 en su & 55, consideran, en consonancia con la normativa nacional española que las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben corresponder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos y así ha de demostrarse.

Asimismo, la normativa nacional dispone QUE EL BANCO NO PUEDE COBRAR POR COSAS QUE SON INHERENTES A SU ACTIVIDAD, Y EL ESTUDIO DE UNA OPERACIÓN LO ES, pues para conceder un préstamo primero debe ver si le interesa o no.

De conformidad con el **artículo 82 en relación con el artículo 89.2 y .3 c) del TRLGCU,** se debe calificar como ABUSIVA aquella cláusula/estipulación o condición que transmite al

consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión, que no le sean imputables, o aquellas que IMPONEN AL CONSUMIDOR **GASTOS DERIVADOS DE LA PREPARACIÓN DE LA TITULACIÓN QUE POR SU NATURALEZA CORRESPONDEN AL EMPRESARIO** (art. 89.3.31 letra a), y de las que además no ha tomado conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Recordemos que la **STS 705/2015, en su FJ 51, motivo 71 G, al enjuiciar el recurso de casación del BBVA,** , en su apartado Adecisión de la Sala@, 1., Señala que:

A1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 21), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 31).

El propio artículo, atribuye LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVAS, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.31 letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.31 letra c).

Asimismo, **SE CONSIDERAN SIEMPRE ABUSIVAS** las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.41) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.51).

Recordemos asimismo, en el ámbito de la aplicación de la imperativa legalidad de consumidores, la necesidad de examinar si se han cumplido en la contratación bancaria los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, (art. 55 LCGC), la necesidad de información (art. 7 LCGC), la prohibición de ilegibilidad, ambigüedad, oscuridad e incomprensibilidad contemplada en el art. 7 LCGC, la nulidad de las condiciones generales de la contratación que contradigan lo dispuesto en la LCGC (art. 8.1), y las normas imperativas o prohibitivas, y la nulidad de las condiciones que sean ABUSIVAS (art. 8.2 LCGC), cuando hay un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato (art. 82.1 TRLGDCU), -un perjuicio que el consumidor no tiene por qué padecer (cuando se hace en único interés del Banco); el hecho de que el art. 82.1 TRLGDCU, considera ABUSIVAS las condiciones no negociadas individualmente, o que se consideren abusivas las estipulaciones que van en contra de las exigencias de la buena fe (como en el presente supuesto, donde nada se ha negociado sobre la posibilidad de realizar la tasación por si mismo -art. 82.1 TRLGDCU), o que determinen la falta de reciprocidad del contrato (art. 82.4 TRLGDCU, que considera en todo caso, ABUSIVAS dichas cláusulas que faltan a la reciprocidad del contrato.

La prueba de dicha negociación, habrá de realizarla la demandada (art. 82.2 TRLGDCU).

En este sentido, debemos manifestar que siendo la garantía hipotecaria realizada en exclusivo beneficio del Banco, como reconoce **la STS núm. 705/2015 de 23 de diciembre, rec. 2658/2013 FJ 51, motivo 71 G**, (doc. 6)-pues si por el prestatario fuese, podría formalizarse un simple préstamo privado liquidado en Hacienda-, se precisa la tasación inmobiliaria, como consecuencia de imponer el Banco, en su propio beneficio, la realización de una hipoteca, al disfrutar con ella, de un derecho real con carácter ejecutivo, que conlleva inmediata realización y subasta, y cobro seguro.

Señala la **meritada STS núm. 705/2015 de 23 de diciembre, rec. 2658/2013, FJ 51, motivo 71, (doc.6)** que:

A(...) Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 Lec), constituye la garantía real (arts. 1875 Cc y 2.2 LH), Y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 lec).

Es por ello, y para ello, que se precisa la tasación, pues sin valoración del bien no puede hipotecarse. Si el préstamo fuese privado, o incluso en escritura pública, pero sin hipoteca, no se precificaría la valoración de bien alguno. Por tanto, hay una relación causa-efecto entre la tasación y la hipoteca, y ese gasto se realiza en único y exclusivo interés del Banco, de ahí que, **Aes él quien debe pagarlos@.**

Cualquier gasto preparatorio deberá ser abonado por aquella parte a quien beneficie o que esté obligada a su pago, siendo éste el espíritu de la STS meritada STS núm. 705/2015 de 23 de diciembre, rec. 2658/2013, FJ 51, motivo 71, (doc. 6) y las que en ella se citan

Los aquí actores, consumidores, han cuestionado que la cláusula sea clara y comprensible y han afirmado que hay dudas razonables sobre la transparencia de la cláusula. Hemos alegado la falta de información; que la FIPPER y la oferta vinculante no se le entregaron al cliente.

El cliente no ha podido evaluar las consecuencias económicas que suponía para él el préstamo, pues no se le informó de dicho cobro.

Es el Banco el que debía probar éste extremo; y no aportó testifical; y de la documental aportada no se desprende la información.

Reiteramos que la STJUE 16.7.2020 DECLARÓ:

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.*

El Banco NO HA ACREDITADO que esta comisión de apertura ha respondido a:

- **SERVICIOS EFECTIVAMENTE PRESTADOS Y**
- **GASTOS EN LOS QUE HAYA INCURRIDO,**

La prueba de dicha negociación individualizada, habrá de realizarla la demandada (art. 82.2 TRLGDCU).

De conformidad con lo establecido en esta STJUE de 16.7.2020, el Juez nacional está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula incorporada al contrato. Este control incluye que el Juez nacional debe examinar:

- *la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación previa.*
- *El funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate.*
- *Que el consumidor esté en condiciones de valorar, las*

consecuencias económicas que se deriven para él (basándose siempre, en criterios precios e inteligibles).

- **LAS COMISIONES Y GASTOS REPERCUTIDOS AL CLIENTE DEBEN RESPONDER A SERVICIOS EFECTIVAMENTE PRESTADOS O A GASTOS HABIDOS. De no ser así se causa un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, y en contra de las exigencias de la buena fe. El juez nacional debe comprobar, y la entidad financiera debe demostrar, que la comisión correspondió a servicios efectivamente prestados y gastos en que haya incurrido.**

La validez o nulidad de la cláusula de comisión de apertura de la hipoteca se planteó ante el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE), quien ha dictado Sentencia en fecha 16.07.2020 en la que dice:

- La **comisión de apertura** no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este. Así lo recoge el apartado 64 de la Sentencia, reproducido en la demanda.
- El control de transparencia se debe llevar a cabo por el Juez nacional quien debe comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo.

El TJUE ha venido a dejar claro, en primer término que la comisión de apertura no forma parte del precio. En concreto dice el TJUE:

“Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.”

Y esto es relevante porque permite analizar la cláusula, en cuanto a que supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor. En concreto dice, que hay que analizar si existe un servicio efectivamente prestado:

“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión

responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.”

LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE Y DE OTRAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ESPAÑOLAS ES FAVORABLE A LA DEVOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE APERTURA AL CLIENTE.

Después de citar la Orden EHA/2899/2011, LA Orden de 5.5.1994, la Orden de 12.12.1989, la Orden de 5.5.2014 en Anexo II, que fundamenta la declaración de nulidad acordada, **la SAP de Ourense de 18.5.2015, en su FJ 2º, mantiene un criterio idéntico al seguido por el TJUE,** pues dice lo siguiente:

“Sobre la base anterior han de ser analizadas las cláusulas discutidas. La de comisión de apertura dice “la operación devengará en favor de la caja, en concepto de comisión de apertura, el uno coma quince por ciento sobre el capital del préstamo, o la cantidad superior establecida como comisión mínima. Su importe, que asciende a dos mil trescientos noventa y dos euros, se adeuda en la cuenta de una sola vez en esta misma fecha”. La cláusula no puede sino considerarse abusiva en atención a la normativa precedentemente expuesta, por falta de reciprocidad, dado que se fija la comisión mediante un porcentaje en relación con el importe total del préstamo, sin que conste causa para su devengo. Nótese que la entidad demandada se limita a indicar en la contestación que responde a un servicio, pero no concreta cual sea éste de entre todos los autorizados para la comisión de apertura por la orden precitada de 5 de mayo de 2014, incumbiendo la prueba sobre el particular a la entidad bancaria como profesional (en idéntico sentido Sentencias de la AP de Madrid de AP Madrid de 12 de febrero de 2015 y de Tenerife de 29 de noviembre de 2013) .

La misma doctrina ha sido seguida desde el año 2015 por otras Sentencias de la misma Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos:

Roj: SAP OU 201/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:20 de 29/03/2021 N° de Recurso: 995/2019; N° de Resolución: 152/2021

Roj: SAP OU 205/2021 Fecha: 26/03/2021; N° de Recurso: 990/2019; N° de Resolución: 150/2021, AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE Fj 3.

La **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón de la Plana, número 117/2017 de 8 de junio, también sigue el criterio del TJUE.**

Dice así:

*“Se considera en primer lugar la nulidad de la **cláusula de comisión de apertura** (cláusula cuarta). En este ámbito, debe recordarse la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que ha establecido la estimación, incluso de oficio, de la nulidad de las cláusulas abusivas contractualmente impuestas en perjuicio de los consumidores y usuarios, citando así la Sentencia TJCE Pleno, S 27-6-2000; la STJCE de 4 de junio de 2009, la STJUE de 14 de junio de 2012 y, más posteriormente, la Sentencia 30 de mayo del 2013 del TJUE.*

*En el presente supuesto se constata que en el contrato se incluyen determinadas cantidades en concepto de comisión de apertura, cantidades que deben considerarse abusivas y por tanto nula su inclusión, toda vez que es **doctrina reiterada y asumida, según tiene declarado el TJUE, que respecto de los gastos y comisiones ha de quedar debidamente justificado que obedecen a servicios efectivamente prestados** y en el presente caso tal circunstancia no consta debidamente acreditada, además de considerar que la comisión de apertura pactada en la condición general concreta del préstamo convenido infringe la normativa de consumidores y usuarios, resultando por cuanto se refiere a la imposición de gastos y tributos que la misma quiebra el principio de igualdad de las partes contratantes contenido en el [artículo 1256 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , al tratarse el considerado de un contrato de adhesión que no admitió la posible negociación de ninguna de las estipulaciones integrantes de su clausulado por parte del prestatario.*

La misma doctrina del TJUE es seguida por la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, AAP, Tenerife sección 4 del 05 de Julio del 2011** (ROJ: AAP TF 841/2011), en la cual se declara lo siguiente:

"Disposición negocial que desde luego, es enteramente subsumible en el concepto de cláusula abusiva, en cuanto constituye una estipulación que no habiéndose negociado individualmente causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de partes derivados del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) y art. 10 bis.1 LGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), y en concreto, dentro de su tipología, entre aquellas que imponen al consumidor una indemnización (cláusula penal) desproporcionadamente alta para el caso en que no cumpla con sus obligaciones contractuales, tal y como prevé la disposición adicional 1a de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (recogida en la actualidad en el art. 85.6 del RDL 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 este mismo criterio es reiterado por la Resolución de la Audiencia Provincial de Girona, AAP, Civil sección 1 del 23 de Febrero del 2012 (ROJ: AAP GI 25/2012), Recurso: 31/2012, Ponente: MARIA ISABEL SOLER NAVARRO.- Todo lo cual nos lleva a declarar nula dicha cláusula".

Igualmente, al menos 9 Audiencias Provinciales, las Audiencias Provinciales de:

- Las Palmas de Gran Canaria
- Ciudad Real
- Murcia.
- Castellón
- Cáceres
- Gerona
- Cádiz
- Baleares
- Málaga

vienen considerando que la comisión de apertura es nula.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, AAP, Tenerife sección 4 del 05 de Julio del 2011 (ROJ: AAP TF 841/2011),

En la actualidad, existen numerosas Audiencias Provinciales que, siguiendo el razonamiento del Tribunal de Justicia, han declarado la abusividad de la comisión de apertura:

- **CÁDIZ:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) n.º 1022/2020, de 13 de octubre.
- **MÁLAGA:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), de 27 de octubre de 2020.
- **LAS PALMAS:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) n.º 552/2020, de 21 de julio.
- **CIUDAD REAL:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) n.º 500/2020, de 23 de julio.
- **CASTELLÓN:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) n.º 501/2020, de 29 de julio.
- **MURCIA:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) n.º 723/2020, de 3 de septiembre de 2020.
- **CÁCERES:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) n.º 539/2020, de 16 de septiembre.

- **GIRONA:** Sentencia Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª) n.º 1377/2020, de 10 de septiembre.
- **BALEARES:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) n.º 602/2020, de 24 de septiembre.
- **VALENCIA:** Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) n.º 1123/2020, de 6 de octubre de 2020.

Existe un desequilibrio importante entre las partes cuando el Banco NO demuestre que la comisión de apertura responde a servicios efectivamente prestados y a gastos que haya tenido, en el caso objeto de litis es patente ese desequilibrio, toda vez que se imputan en concepto de comisión de apertura la una cantidad que no se corresponden con ningún servicio prestado.

La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es clara en la materia y mayoritariamente, confirman la nulidad de la meritada cláusula cuando la misma no corresponde con un servicio efectivamente prestado como en el caso objeto de litis, véanse las siguientes Sentencias:

A modo de ejemplo, podemos citar lo resuelto en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz n.º 1022/2020, de 13 de octubre:**

“En atención a dicha última doctrina jurisprudencial, y si bien el consumidor tenía conocimiento de la aplicación de dicha cláusula al haberla abonado sin hacer objeción alguna, procede confirmar la declaración de nulidad efectuada por el Juez a quo, ya que **no existe prueba de que la entidad financiera hubiere comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido como elemento accesorio del contrato y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. Como tampoco se determina el servicio específicamente prestado a cambio de la comisión, distinto de la retribución que ya comporta el pago de los intereses del préstamo. Por lo que no constando que el consumidor tuviere conocimiento de los servicios efectivamente prestados que justifiquen la retribución correspondiente a esta comisión, y no habiendo podido valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato, falta con ello la entidad bancaria a las exigencias de buena fe y la cláusula genera un claro desequilibrio en detrimento de la parte consumidora”.**

Por otra parte, conviene resaltar que a diferencia de los gastos notariales, registrales y de gestión generados con motivo de la constitución del préstamo hipotecario, los cuales son abonados a una tercera persona –ya sea el Notario, el Registrador o el Gestor, respectivamente–, la comisión de apertura es cobrada directamente por la entidad financiera mediante un asiento en la cuenta corriente de la parte prestataria.

Lo anterior resulta ciertamente relevante en orden a justificar la acreditación del cobro efectuado en concepto de “comisión de apertura”, siendo así que si la entidad financiera pretende sostener que dicho pago no fue realizado, corresponde a ella la prueba conforme a las reglas procesales generales y el principio de facilidad probatoria recogidos en los apartados 3 y 7 del artículo 217 de la LEC, así como en el artículo 82.2 *in fine* 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.

En definitiva, **puede concluirse que la comisión de apertura impuesta indebidamente a la parte prestataria no responde a un servicio efectivamente prestado por la entidad financiera y que, sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, debe declararse abusiva, sin que pueda alegarse de contrario falta de justificación documental por tratarse de un cobro que aparece fundamentado en la propia escritura y que, no olvidemos, es realizado a favor de la propia demandada.**

➤ **Sentencia de la Audiencia Provincial de LAS PALMAS (Sección 4ª), de fecha 21.07.2020:**

» *Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este (...) 70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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 (...) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato (...) 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», Sentencia del Tribunal de*

Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020. «CY y Caixabank, S.A.».

En el presente caso, NO SE HA ACREDITADO LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL previa relativa a la comisión de apertura. aunque es clara, NO SUPERARÍA EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos. Procede decretar su NULIDAD CON DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ABONADAS».

➤ Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, sección 1ª, número 500/2020 de fecha 23 de julio:

“2.3. La comisión de apertura. Siendo hasta la fecha doctrina mayoritaria la de entender no abusiva la imposición de un comisión de apertura al prestatario por los gastos que conlleva la concesión de un préstamo, especialmente cuando se trata de una cláusula clara y de habitual conocimiento por los consumidores como parte asumida del precio de la hipoteca, la reciente Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 señala lo siguiente sobre este tipo de cláusulas: “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”.

Lo que aquí no consta se haya efectuado y, en consecuencia, debe reintegrarse al prestatario la comisión cobrada de 360€, con el interés legal desde la fecha de su pago.

El motivo se estima.”

Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de MURCIA, sección 4ª, número 689/2020 de fecha 23 de julio:

La sentencia recurrida declara nula por abusiva la cláusula cuarta sobre comisión por apertura y comisión por subrogación inserta en la escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario de fecha 10 de febrero de 2006 y condena a la demandada a devolver a la parte demandante la suma de 735 euros, más los intereses legales desde la fecha de su pago. Se indica <<En el presente caso, al no justificarse por la parte demandada, a la que le corresponde la carga de la prueba, que estas comisiones estuvieran incluidas en la oferta vinculante o solicitud de préstamo (la cual no se aporta a los autos), no se puede considerar superado el control de transparencia, razón por la cual han de declararse nulas. Por lo que respecta a la devolución de cantidades, acredita la parte actora -sin que haya sido impugnado por la demandada- haber satisfecho, por este concepto, la cantidad de 230 euros por comisión de apertura y de 505 euros por comisión por subrogación, por lo que deberán restituirse dichos importes>>.

La STJUE de 16 de julio de 2020 declara <<En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del

funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto.

El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura.

72-Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido. 73- A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de

Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada). 74- En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50). 75-En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51). 76 Además, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se

apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 52). 77- Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal. 78-A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79-Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un

contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente>>

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

En atención a lo expuesto en este y en los anteriores fundamentos de derecho, se desestima el recurso de apelación.”

La Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, sección 4ª, (Número de Recurso: 1079/2019) de fecha 21 de julio de 2020:

“SEXTO. Comisión de apertura o estudio

13. *“Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión este□ incluida en el coste total de este [...] 70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una 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 [...] y podrá□, así□, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato [...] 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.”, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, “CY y Caixabank, S. A.” .

14. *En el presente caso, no se ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura. Aunque es clara, no superaría el doble control de transparencia. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos. Procede decretar su nulidad con devolución de las sumas abonadas.”*

En idéntico sentido favorable a la nulidad de la comisión apertura, se han pronunciado las siguientes Audiencias Provinciales:

- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de CASTELLÓN, sección 3ª de 29 de julio 2020.*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de CÁCERES, sección 1ª, de 16 de septiembre 2020.*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de GIRONA, sección 1ª de 10 de septiembre 2020*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de CÁDIZ, sección 5ª, de 13 de octubre 2020.*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de BALEARES, sección 5ª de 24 de septiembre 2020.*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de MÁLAGA, sección 6ª, de 27 de octubre 2020.*
- *Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de VALENCIA, sección 9ª, de 6 de octubre 2020.*

En iguales términos, favorables decretar la nulidad de la clausula de comisión de apertura, se pronunció la Audiencia a la que tenemos el honor de dirigirnos en el año 2015, y a partir de la STJUE de 16.7.2020 la Sala cambió el criterio inicial relativo a la no imposición de costas por estimación parcial de la demanda, al haberse desistido en la audiencia previa de la comisión de apertura, al estimarse por la Sala, que, según la STJUE la nulidad de la cláusula de comisión de apertura tendría éxito ahora; véanse entre otras las siguientes Sentencias:

Roj: SAP OU 201/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:20 de 29/03/2021 N° de Recurso: 995/2019; N° de Resolución: 152/2021

*En relación a la **comisión de apertura**, quedó excluida del objeto litigioso al desistir la parte actora, aquí apelada de los pronunciamientos relativos a dicha cláusula en el acto de la Audiencia Previa. El Juzgador de Instancia aceptó el desistimiento sin hacer expresa imposición de las costas del mismo. La parte apelante se aquietó con dicho pronunciamiento, por lo que no puede pretender que a los efectos de imposición de costas se entienda que la pretensión relativa a la **comisión de apertura** fue rechazada*

No obstante, la Sala estima conveniente hacer las siguientes consideraciones.

*El desistimiento se produjo como consecuencia de la doctrina fijada por el T.S. en sentencia de fecha 23 de enero de 2019 que excluyó la **comisión de apertura** del control de abusividad, al formar parte del precio y ser la misma transparente por lo que el desistimiento obedecía a razones excepcionales. El Auto del T.S., Sala Primera, de lo Civil de fecha 26 de Nov. 2016, Rec. 1111/2015, en un supuesto en el que el apelante desistió de uno de los motivos de recurso tras haber recaído una sentencia de la Sala que se pronunciaba sobre la cuestión planteada en el motivo desistido, la Sala estima que concurren razones excepcionales y no impone las costas del desistimiento. Así señala el citado Auto: "También como excepción, en ocasiones esta sala ha tenido en cuenta el carácter sobrevenido de la desaparición del interés casacional para decidir la no imposición de costas al recurrente desistido (...), si bien, como declaró recientemente el auto de 15 de junio de 2016, rec. 1923/2013, «la no condena en costas en estos supuestos pasa porque se produzca una auténtica situación de desaparición sobrevenida del interés casacional, esto es, que la cuestión controvertida quede definitivamente resuelta en un momento posterior, de forma que la parte recurrente no haya dispuesto de la oportunidad de*

desistir y apartarse del recurso antes, para no ocasionar gastos a la parte contraria».

Este criterio excepcional resulta de aplicación en este caso pues, como se afirma por la parte recurrente en revisión, el motivo de casación desistido se refería a la cuestión de si era o no posible considerar abusiva una cláusula contenida en préstamo hipotecario fijando los intereses de demora en el tipo nominal anual de 18%, y dicha cuestión fue definitivamente resuelta por sentencia de Pleno 364/2016, de 3 de junio , acogiendo el criterio objetivo adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los préstamos personales. En consecuencia, como la parte recurrente desistió del motivo inmediatamente después de tener conocimiento de dicha sentencia para no ocasionar gastos a la parte contraria, ha de estimarse el recurso de revisión y no hacer expresa imposición de las costas del desistimiento."

Al margen de ello, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 de julio de 2020, que resuelve las cuestiones acumuladas C-224/19 y C-259/19, ha modificado la doctrina del T.S. relativa a la validez de la comisión de apertura; por un lado, establece que el hecho de que la comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y, por otra parte, dispone 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. Ello conlleva que, si el actor no hubiere desistido de la pretensión relativa a la declaración de nulidad de la comisión de apertura y de la acción tendente a obtener la restitución de la cantidad abonada por dicho concepto, la citada pretensión probablemente habría sido acogida en esta alzada,

dado el principio de no vinculación que rige la normativa de consumidores conforme al cual el consumidor no puede quedar vinculado por una cláusula abusiva.

En este contexto el desistimiento no puede operar en perjuicio del consumidor obligándole a asumir parte de las costas procesales.

Fj 3:

En relación a la comisión de apertura, concurren además otra razón que justifican el criterio de la juzgadora a quo y es que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 de julio de 2020, que resuelve las cuestiones acumuladas C-224/19 y C-259/19, ha modificado la doctrina del T.S., por un lado establece que el hecho de que la comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y, por otra parte, dispone 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. Ello conlleva, que si el actor no hubiere desistido de la pretensión relativa a la declaración de nulidad de la comisión de apertura y de la acción tendente a obtener la restitución de la cantidad abonada por dicho concepto, la citada pretensión probablemente habría sido acogida en esta alzada, dado el principio de no vinculación que rige la normativa de consumidores conforme al cual el consumidor no puede quedar vinculado por una cláusula abusiva. En este contexto el desistimiento no puede operar en perjuicio del consumidor obligándole a asumir parte de las costas procesales

Finalmente y en relación con la reducción de las cantidades a restituir como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de atribución de gastos, la cuestión ha sido zanjada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 de julio de 2020, que resuelve las cuestiones acumuladas C-224/19 y C-259/19. La citada sentencia interpreta que la aplicación del artículo 394.2 de la LEC en supuestos como el que aquí nos ocupa vulnera el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad. Razona el TJUE que la

distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. La aplicación del artículo 394 de la LEC podía tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula (apartado 94). Condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena, puede disuadir al consumidor de ejercer el derecho que la Directiva 93/13 le concede de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual (apartado 98). Por ello concluye: "que el artículo 6, apartado 1 y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho conferido por la Directiva 93/13 a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

Es criterio de nuestra Audiencia a la que nos dirigimos la consideración como abusiva de la nulidad de la Clausula de comisión de apertura, de ahí que proceda la revocación de la sentencia dictando la nulidad de dicha clausula con imposición de costas a la demandada por estimación íntegra de la demanda.

La cláusula que impone la comisión de apertura, debe ser considerada nula por falta de transparencia y a abusividad por las siguientes CAUSAS:

- **AUSENCIA DE OFERTA VINCULANTE/FOLLETO INFORMATIVO].**

- **En ningún momento la entidad prestamista informó al prestatario el cobro de la comisión de apertura, ni entregó la oferta vinculante con quince días de antelación a la firma ante notario, tal y como exigía la siguiente normativa (según la fecha del préstamo):**
 - o **el artículo 5 de la Orden de Transparencia Bancaria de 5 de mayo de 1.994,**

 - o **la normativa posterior aplicable al contrato sobre transparencia que actualmente confirma la [Orden EHA/2899/2011](#), de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ([BOE de 29 de octubre de 2011](#)) en sus artículo 21, 22 y 23.**

 - o **El apartado 1.4 del anexo 4 de la circular del Banco de España núm. 5/2012 de 27 de junio.**

LA INFORMACIÓN PREVIA, NO SOLO DEBE EXPLICARSE SINO QUE DEBE PODER ACREDITARSE DOCUMENTALMENTE QUE SE HA ENTREGADO Y EXPLICADO AL CLIENTE CONFORME A LA NORMATIVA DETALLADA. TODO ELLO DEBERÍA CONSTAR EN EL EXPEDIENTE PREVIO A LA CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO QUE OBRA EN PODER DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y, SU NO

APORTACIÓN AL PROCEDIMIENTO DEBE PRESUPONER LA INEXISTENCIA DE INFORMACIÓN PREVIA.

Dicha cláusula, no ha sido negociada individualmente.

- dicha cláusula fue impuesta de manera unilateral.
- LA ENTIDAD NO HA CUMPLIDO la normativa bancaria, de condiciones generales y de consumidores en la imposición de esta cláusula. (arts. 2.1, 8 b) y d), 13.1 d) y 17 del TRLGCU 2007 y el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito/ OM. 1994 de 5 de mayo/ EHA 2899/2011/ Circular 5/2012 BdE.

EN APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA OPORTUNIDAD REAL DE CONOCER DE MANERA COMPLETA LA CLÁUSULA de COMISIÓN APERTURA AL TIEMPO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO, SE HA INCUMPLIDO LA NORMATIVA REGULADORA DE TRANSPARENCIA (OM 1994, ORDEN EHA 2011 Y 2012) POR LO QUE ROGAMOS QUE SE TENGA EN CUENTA QUE:

- *Existe un DÉFICIT DE INFORMACIÓN precontractual.*
- *No entregaron folleto informativo*
- *No entregaron oferta vinculante*
- *No entregaron FIPPER*
- *NO le dijeron que la escritura notarial podía examinarla en el Notario 3 días antes de firmarla.*

- ***NO hubo negociaciones entre el cliente y el Banco.***
- ***Nunca tuvo constancia de su existencia en el “iter contractual”***
- ***El consumidor NO fue suficientemente informado de la cláusula de comisión de apertura***
- ***NO hubo un importante período de negociación***

EL BANCO NO PRUEBA EN NINGÚN MOMENTO QUE LA CLÁUSULA HAYA SIDO NEGOCIADA NI DEBIDAMENTE INFORMADA AL CONSUMIDOR ni que corresponda a servicios efectivamente prestados, ni que no tuviera obligación de prestar esos servicios, ni que el consumidor los haya pedido.

- **La información proporcionada al consumidor por la cláusula CA NO cumple los requisitos de la OM de 1994.**
- **NO SE ENTREGÓ FOLLETO INFORMATIVO AL CONSUMIDOR.**
- **NO SE ENTREGÓ OFERTA VINCULANTE AL CONSUMIDOR. SE EXIGE SU ENTREGA 15 DÍAS ANTES DE LA FORMALIZACIÓN DE LA HIPOTECA.**
- **EL BANCO NO DIJO AL CONSUMIDOR QUE PODÍAN EXAMINAR LA ESCRITURA TRES DÍAS ANTES DE LA NOTARIA.**

Por tanto, la comisión de apertura es abusiva y puedes conseguir su devolución.

LLAMANOS al 988 21 10 22.