



AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 de LOGROÑO

Modelo: 1290A0
C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296 568 **Fax:** 941 296 488
Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: ASG

N.I.G. 26089 42 1 2021 0000401

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000109 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000102 /2021

Recurrente: ASOCIACION DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACION ADECUADA

Procurador: MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado: GISELA BERNALDEZ BRETON

Recurrido: CAIXABANK, S.A.

Procurador:

Abogado:

D^a. MARIA JOSÉ MIRANDA SAINZ, LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO.

CERTIFICO: Que por este tribunal y en el RECURSO DE APELACION (LECN) 0000109 /2022 se ha dictado la resolución que seguidamente se transcribe:

"SENTENCIA Nº 444 DE 2023

ILMOS.SRES.

MAGISTRADOS:

DON FERNANDO FERRERO HIDALGO

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON FERNANDO SOLSONA ABAD

En LOGROÑO, a tres de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 102/2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Logroño (La Rioja), a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 109/2022; habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON FERNANDO SOLSONA ABAD.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Logroño en fecha 30 de diciembre de 2021 se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que estimando en parte la demanda presentada por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (ACTUA) en defensa e interés de su asociado , contra CAIXABANK S.A., 1) declaro la nulidad de la cláusula de gastos establecida en la Escritura de compraventa con subrogación suscrita el 15 de abril de 2004, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad total de 375,45 €, más el interés legal correspondiente desde su abono. 2) Condeno a la demandada al pago de las costas procesales.”

Esta sentencia fue aclarada- rectificada por Auto de diecisiete de enero de dos mil veintidós cuya parte dispositiva estableció: *“Estimar la petición formulada por la representación procesal de CAIXABANK S.A. de aclarar el fallo de la Sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido de que cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”*

SEGUNDO.- Por la parte demandante ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES POR LA TRANSPARENCIA Y SU UTILIZACIÓN ADECUADA (en adelante, ACTUA) se interpuso recurso de apelación contra esta sentencia admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000; de este recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso al mismo.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sala se señaló para la deliberación votación y fallo el 2 de noviembre de 2023 habiendo sido designado ponente el Magistrado de esta Audiencia Provincial **Don Fernando Solsona Abad.**



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.-

1.- Con fecha 11 de enero de 2010 adquirió una vivienda mediante escritura pública otorgada ante _____, Notario del Ilustre Colegio de La Rioja bajo el núm. _____ de su protocolo otorgándose escritura de COMPRA-VENTA CON SUBROGACION DE PRESTAMO HIPOTECARIO, AMPLIACION Y NOVACION DE PRESTAMO HIPOTECARIO por la que el demandante asumía como único deudor principal las obligaciones garantizadas con la hipoteca a favor de CAJA DE AHORROS MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA, actualmente CAIXABANK, en garantía de un préstamo, constituida en escritura autorizada por el Notario de Logroño el 15 de abril de 2004, ampliando el capital del préstamo hasta una cantidad adeudada resultante 135.000 euros.

2.- En el préstamo se estableció, en su ESTIPULACION PRIMERA, PÁRR. 2º, la imposición de una comisión de apertura del 0,2% del capital, es decir, de 98,65€,

- Se devenga una comisión de apertura del 0,20% sobre el principal ampliado, es decir **NOVENTA Y OCHO EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (98,65 €)**, a cobrar una sola vez, el día de hoy. -----

El demandante pagó esta comisión y reclamó en su demanda por este concepto.

3.- No se ha aportado la oferta vinculante. No consta referencia alguna en la escritura pública relativa a la oferta vinculante. No consta que el banco informase precontractualmente al prestatario de que le iba a cobrar una comisión de apertura,



ni su importe. Tampoco se informa ni previamente ni en la escritura pública, ni siquiera en general, a qué respondía su establecimiento.

Tan solo se advierte que el Notario indica:

Por su opción, leo a los comparecientes esta escritura, la encuentran conforme y firman conmigo el Notario que doy fe de haberles identificado por sus documentos de identidad reseñados, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, y de todo lo consignado en este público instrumento extendido en diez folios de papel timbrado del Estado exclusivo para documentos notariales, números el del presente y anteriores en orden correlativo, y uno más, número siguiente al del presente, para la aplicación del arancel y extensión de notas y diligencias.- Siguen las firmas de los comparecientes. Signado: Víctor Manuel de Luna Cubero = Rubricados y sellado. ----

4.- ACTUA interpuso demanda de Juicio Ordinario en reclamación de declaración de nulidad de diversas cláusulas contractuales, entre ellas la comisión de apertura, que consideraba abusiva

5.-La sentencia de primera instancia estimo parcialmente la demanda pero en cuanto a la comisión de apertura, la desestimó por las siguientes razones: *La cláusula en cuestión aparece perfectamente detallada en la escritura pública de préstamo hipotecario y resaltada de manera especial siendo de fácil comprensión por lo que supera el control de incorporación, lo que debe llevar a la desestimación del motivo alegado.*

La sentencia no realiza el control de transparencia material o *strictu sensu*.





6.- La parte actora se alza por considerar nula la comisión de apertura frente a lo que señaló la sentencia, y a ello se opone el banco

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.-

1.- Hay que partir de la doctrina fijada por la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 816/2023, de 29 de mayo de 2023**, la cual invoca, interpreta y aplica la doctrina de la **STJUE de 16 de marzo de 2023** (asunto C-565/21).

En concreto, los fundamentos de derecho Séptimo y Octavo de la referida Sentencia del Tribunal Supremo núm. 816/2023, de 29 de mayo de 2023, establecen lo siguiente:

“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, 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».

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

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

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

(i) Respecto de la buena fe, que debe comprobarse que el prestamista tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (apartado 50).

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



5.- Es decir, en cuanto al control de contenido el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es per se abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente deba comprobar que: (i) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

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

1.- Tras la exposición de esta doctrina, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

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

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



apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.

Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

4.- Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». Lo que reitera el apartado 59:

«[u]na cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo» (Énfasis añadido).



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

2.- El punto central de debate va a venir motivado por el alcance del control de transparencia de la comisión de apertura.

Debe de recordarse que, como es sobradamente conocido, ya desde la STS de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, el Tribunal Supremo viene señalando un doble control. Un primero de incorporación, tanto si el contrato se suscribe entre



empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC.

Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control " de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato", que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU.

Este es el control que nos interesa en relación a la comisión de apertura. Ese control de transparencia material supone un plus sobre el de incorporación ya que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que implica que el adherente pueda tener un conocimiento real del contenido del contrato, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, cuáles serán las consecuencias económicas y jurídicas de contratar.

Como hemos visto, la **Sentencia del Tribunal Supremo 816/23, de 29 de mayo** (FJ 7) especifica los requisitos necesarios para la transparencia a efectos de su licitud, así como los instrumentos de comprobación que deben de tomarse en consideración para la comprobación de la transparencia, siguiendo los criterios fijados por la STJUE de 16 de marzo de 2023.

Ello nos lleva a la necesidad de un examen individualizado del caso concreto, aceptando los criterios de comparación establecidos en el fundamento de derecho 7º de dicha sentencia, que configuran doctrina jurisprudencial, pero llevando a cabo un examen propio e individualizado de la comisión de apertura del caso y de las pruebas practicadas en este proceso a los efectos de ejercer el control judicial que la STJUE de 16 de marzo de 2023 impone al juez nacional para determinar la validez o nulidad de la comisión de apertura.

3.- Es necesario resaltar que la carga de la prueba del cumplimiento de las exigencias de información y del efectivo conocimiento por parte del consumidor de la existencia de dicha comisión, del alcance de los servicios que se remuneran por el mismo, así como de la posibilidad de negociación individual de dicha cláusula para la asunción voluntaria y consciente por el consumidor de la misma, corresponde a la





entidad de crédito tanto por la expresa previsión legal (art. 8 de la Ley 2/2009) como por el principio de facilidad probatoria del artículo 217.7 LEC. Ello nos lleva a la necesidad de examinar la prueba practicada en este proceso por parte de la entidad de crédito.

En primer lugar, debemos comprobar si es posible entender justificado que el consumidor prestatario estuvo en condiciones de entender la naturaleza de la comisión de apertura , de su justificación y de las razones de su establecimiento. En tal sentido entendemos que debemos de llevar a cabo un examen tanto de (i) la información precontractual, (ii) del propio contenido del contrato y (iii) de la información notarial contenida en la escritura.

Pues bien, información precontractual no consta que existiera.

No queda constancia ni de la entrega del folleto informativo previo ni de la oferta vinculante, lo que implica que se desconoce qué información precontractual fue facilitada al consumidor.

Si acudimos a la información contractual, esto es, la contenida en el propio préstamo hipotecario, hay que aceptar que se incluye la comisión de apertura, fijando su importe y la forma de pago de la misma. Ahora bien, tal como se deriva de la lectura del texto de la escritura pública aportada por la parte actora, la mención a dicha comisión de apertura se limita a lo señalado sin que en ningún caso incluya referencia, ni genérica ni específica, ni a la legislación aplicable ni a los servicios remunerados por la misma. Ni siquiera se hace mención a la oferta vinculante. No es preciso , ciertamente, especificar en qué consisten tales gastos, pero sí informar al consumidor no solo de la existencia de la comisión, sino también del objeto de la misma y no podemos presumir que el consumidor tenga conocimiento de qué tipo de servicios abona mediante el pago de esta comisión, ni siquiera de por qué la paga. No se le ha informado antes de la celebración del contrato ni tampoco hay mención alguna en la propia escritura, y no se puede considerar que un consumidor medio suficientemente informado esté obligado a buscar en una abundante normativa bancaria el concepto de la comisión de apertura. Es la entidad de crédito sobre quien recae la carga de la prueba de este extremo.



Finalmente consta en la escritura la existencia de las advertencias legales y especialmente las de carácter fiscal y una genérica referencia notarial a que se ha permitido a los otorgantes la lectura de esta escritura y a que refieren estar enterados por la lectura que han practicado y por las explicaciones verbales del Notario. Pero no se incluye referencia alguna a la información notarial concreta sobre condiciones generales o las concretas condiciones financieras del préstamo ni se acompaña oferta vinculante de la entidad de crédito. Dichas advertencias no dejan de ser nada más que el cumplimiento de las exigencias legales impuestas al notario, que se encuentran incorporadas al final de la escritura pública y que no sirven para justificar la efectiva información que el consumidor debió de recibir previamente a la firma. Lo más que se puede entender – a lo sumo- es que el notario podría haber informado al consumidor de la obligación de pagar la comisión de apertura impuesta por la entidad de crédito y el importe de dicha comisión, pero no a qué obedecía esa comisión, su naturaleza; menos todavía que se le informase de qué servicios fueron remunerados por tal comisión, se insiste, siquiera fuese de una forma genérica sin necesidad de un detalle minucioso de los gastos previos que debe soportar la entidad de crédito para la concesión del préstamo. Por ello, esta información, facilitada inmediatamente antes de la firma de la escritura de préstamo hipotecario es insuficiente para que el consumidor pueda conocer sí los mismos se correspondían o no con la tramitación singularizada del préstamo hipotecario o el posible solapamiento con otras comisiones y gastos que remuneren los mismos o semejantes conceptos. En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava Civil sección 1 del 23 de junio de 2023** (ROJ: SAP VI 240/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:240) razona: *“En este caso, la Notaria señora Sancho hace constar (folio 33) que los comparecientes, tras la lectura de la escritura y sus explicaciones verbales, "han quedado enterados y debidamente informados del contenido del presente instrumento", pero esa afirmación no puede suplir al deber contractual de información.*

Con todo ello, dejamos señalado que el criterio de esta Sala es que, en supuestos como éste, al no haberse acreditado por la entidad financiera que hubiese ofrecido suficiente información precontractual, ni que se entregara a la parte prestataria un ejemplar de las condiciones del préstamo que luego figurarían



predispuestas en la escritura, ni que se depositase el borrador en la Notaría en el plazo exigido por la norma, y dado que no nos consta la publicidad supuestamente emitida por la entidad sobre préstamos hipotecarios que pudiesen ser similares al que nos ocupa, nos encontramos ante una cláusula que no es transparente, aunque la comisión de apertura que refleja pueda ser lícita.”

4.- En definitiva, y a partir de las pruebas señaladas, la comisión de apertura fijada en el este préstamo hipotecario debe de entenderse que no supera el control de transparencia al no permitir a los concretos prestatarios estar en condiciones de evaluar las consecuencias económicas derivadas de la cláusula ni de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida. En definitiva, y de acuerdo con los parámetros de control de transparencia señalados en los parágrafos 50, 51 y 59 de la STJUE de 16 de marzo de 2023 y los criterios fijados por la STS 816/23, de 29 de mayo, esta concreta comisión de apertura no supera el control de abusividad por lo que resulta nula de pleno derecho.

El motivo se estima.

TERCERO.- Costas.-

1.- La estimación del anterior motivo implica que se ha producido una estimación sustancial de la demanda, lo que determina la imposición al demandado de las costas procesales de primera instancia (artículo 394).

2.- Además procede la imposición de las costas de primera instancia al banco en virtud del principio de efectividad consagrado por la STJUE 16 de julio de 2020, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo.

Así, por ejemplo, **la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2022 de 19 de abril de 2022** (Roj: STS 1559/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1559) , que razona: *Como la estimación del recurso de apelación no afecta a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, que se mantiene, también debe mantenerse la condena a la entidad demandada al pago de las costas de la primera instancia,*



aunque la estimación de la demanda sea parcial, en aplicación de lo dispuesto por la STJUE 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19).

En idéntico sentido, **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 301/2022 de 19 de abril de 2022**, Roj: STS 1558/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1558), que razona.

“Como la estimación del recurso de apelación no afecta a la declaración de nulidad de la cláusula suelo, que se mantiene, también debe mantenerse la condena a la entidad demandada al pago de las costas de la primera instancia, aunque la estimación de la demanda sea parcial, en aplicación de lo dispuesto por la STJUE 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19).”

3.- La estimación del recurso de apelación en los términos que hemos venido explicando a lo largo de esta resolución determina no imposición de costas en esta alzada (artículo 398 y 394 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante ACTUA contra la sentencia de 30 de diciembre de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Logroño y rectificada por Auto de diecisiete de enero de dos mil veintidós en Juicio Ordinario 102/21 del que deriva este Rollo de Sala nº 109/2022, la cual recovamos y en su lugar acordamos:

1. Se declara la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la cláusula relativa a la comisión de apertura, que se declara sin efecto alguno, condenando al banco al pago de su importe que asciende a 98,65€, y al pago del interés legal correspondiente
2. Las costas de primera instancia se imponen a la demandada.
3. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primer grado, y en concreto, la declaración de nulidad de la cláusula de gastos



establecida por la sentencia de primer grado, y la condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad total de 375,45 €, más el interés legal correspondiente desde su abono.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Recursos.- Conforme al art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de la norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional.

Extensión y condiciones extrínsecas del recurso.-

Dicho recurso, caso de interponerse, deberá atenerse en su redacción a lo prevenido pro el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de septiembre de 2023 por el que se publica el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles, publicado en el BOE de 21 de septiembre de 2023, en relación con el vigente artículo 481.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer del recurso la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- el recurso deberá prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.





Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Cumplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvase los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

Lo preinserto concuerda bien y fielmente con el original de la resolución a la que me remito y para que conste, expido el presente en LOGROÑO, a ocho de noviembre de dos mil veintitrés.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

