



Roj: **SAP NA 1241/2023 - ECLI:ES:APNA:2023:1241**

Id Cendoj: **31201370032023100835**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **15/11/2023**

Nº de Recurso: **1045/2021**

Nº de Resolución: **901/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio ordinario**

Ponente: **ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 000901/2023**

Ilma. Sra. Presidenta

D<sup>a</sup>. ANA INMACULADA FERRER CRISTÓBAL

Ilmos. Sres. Magistrados

D. DANIEL RODRÍGUEZ ANTÚNEZ

D<sup>a</sup>. AMAGOIA SERRANO BARRIENTOS

En Pamplona/Iruña, a 15 de noviembre del 2023.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 1045/2021**, derivado de los autos de *Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) nº 722/2020 - 0* del Juzgado de Primera Instancia Nº 7-BIS de Pamplona/Iruña ; siendo parte *apelante*, demandada, **BANKIA SA**, representada por el Procurador D. JOSÉ CECILIO CASTILLO GONZÁLEZ y asistido por el Letrado D. SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS; parte *apelada*, demandante, **D<sup>a</sup> Consuelo y D. Genaro** , representados por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO y asistidos por el Letrado D. JORGE IRIBARREN RIBAS.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup> ANA INMACULADA FERRER CRISTÓBAL**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 02 de junio del 2021, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 7-BIS de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) nº 0000722/2020 - 0, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*" Que debiendo estimar y estimando la demanda interpuesta por el*

*Procurador de los Tribunales Don Jaime Ubillos Minondo, en nombre y representación de Doña Consuelo y de Don Genaro frente a BANKIA, S.A.:*

*1.- Declaro nula la cláusula 5ª "gastos a cargo del prestatario" de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha 10 de julio de 2003 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid Don José María Moreno González con nº de protocolo 2.566, habiendo intervenido como prestatarios los hoy actores y como entidad prestamista Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, hoy Bankia, S.A., teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma, condenando a la entidad a estar y pasar por la anterior declaración.*

*2.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de 777,54 euros como consecuencia de la declaración de nulidad de dicha cláusula.*



3.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores los intereses legales respecto de cada una de las partidas de gastos desde la fecha del respectivo pago por parte de los demandantes hasta la fecha de la interposición de la demanda, cuantía que asciende a 509,78 euros.

Desde la fecha de la sentencia y en lo sucesivo hasta el completo pago deberá abonarse el interés establecido en el artículo 576 LEC .

4.- Declaro nulo el primer párrafo de la cláusula 4ª referente a la comisión de apertura contenido en escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha 10 de julio de 2003 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid Don José María Moreno González con nº de protocolo 2.566, habiendo intervenido como prestatarios los hoy actores y como entidad prestamista Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, hoy Bankia, S.A., teniéndolo por no puesto y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación del mismo, condenando a la entidad a estar y pasar por la anterior declaración.

5.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de 1.172 euros como consecuencia de la declaración de nulidad de dicha cláusula, así como a abonar a los actores los intereses legales desde la fecha del respectivo pago por parte de los demandantes hasta la fecha de la demanda, que ascienden a 768,40 euros. Desde la fecha de la sentencia y en lo sucesivo hasta el completo pago, se abonará el interés establecido en el artículo 576 LEC .

6.- Declaro nula la cláusula 5ª "gastos a cargo del prestatario" de la escritura de ampliación y novación modificativa de préstamo hipotecario otorgada en fecha 1 de febrero de 2006 ante la Notario del Ilustre Colegio de Madrid Doña María de la Cruz García Arroyo con nº de protocolo 271, habiendo intervenido como prestatarios los hoy actores y como entidad prestamista Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, hoy Bankia, S.A., teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma, condenando a la entidad a estar y pasar por la anterior declaración.

7.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de 553,99 euros como consecuencia de la declaración de nulidad de dicha cláusula.

8.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores los intereses legales respecto de cada una de las partidas de gastos desde la fecha del respectivo pago por parte de los demandantes hasta la fecha de la interposición de la demanda, cuantía que asciende a 305,71 euros.

Desde la fecha de la sentencia y en lo sucesivo hasta el completo pago deberá abonarse el interés establecido en el artículo 576 LEC .

9.- Declaro nulo el primer párrafo de la cláusula 4ª referente a la comisión de apertura contenido en escritura de ampliación y novación modificativa de préstamo hipotecario otorgada en fecha 1 de febrero de 2006 ante la Notario del Ilustre Colegio de Madrid Doña María de la Cruz García Arroyo con nº de protocolo 271, habiendo intervenido como prestatarios los hoy actores y como entidad prestamista Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, hoy Bankia, S.A., teniéndolo por no puesto y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación del mismo, condenando a la entidad a estar y pasar por la anterior declaración.

10.- Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de 1.113,14 euros como consecuencia de la declaración de nulidad de dicha cláusula, así como a abonar a los actores los intereses legales desde la fecha del respectivo pago por parte de los demandantes hasta la fecha de la demanda, que ascienden a 614,31 euros. Desde la fecha de la sentencia y en lo sucesivo hasta el completo pago, se abonará el interés establecido en el artículo 576 LEC .

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

**TERCERO.**- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de BANKIA SA.

**CUARTO.**- La parte apelada, Dña. Consuelo y D. Genaro , evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

**QUINTO.**- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 0001045/2021, en el que por Auto de fecha 12 de julio de 2022 la Sala acordó la suspensión de la tramitación de las presentes actuaciones hasta tanto se resuelva la cuestión prejudicial planteada por la Sala Civil del Tribunal Supremo en Auto de 10 de septiembre de 2021 en el recurso de casación nº 919/2019. Habiéndose dictado sentencia por el T.S. en fecha 29 de mayo del 2023 se alzó la suspensión del procedimiento y se señaló para el día 24 de octubre del 2023, para su deliberación y resolución, así como observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación de la mercantil Bankia S.A. recurre en apelación la sentencia dictada por el juzgado de instancia que declaró la nulidad de la cláusula de Gastos y de la cláusula de Comisión de Apertura y modificación recogidas en las escrituras de préstamos hipotecario de fecha 10 de julio de 2003, y en la de Ampliación y Novación Modificativa de Préstamo Hipotecario de fecha 1 de febrero de 2006, siendo objeto de dicho recurso la desestimación de la prescripción de la acción de reclamación de las cantidades abonadas con ocasión de la formalización de la operación de préstamo, ex artículo 1964 CC y el pronunciamiento que declaraba la nulidad de la cláusula reguladora de la Comisión de Apertura contenida en ambas escrituras por entender la recurrente que superan los controles de incorporación, transparencia y contenido o abusividad.

La representación de Dña. Consuelo y de D. Genaro se opuso al recurso interpuesto solicitando la confirmación de la resolución dictada.

**SEGUNDO.-** En su primer motivo de recurso se alega por Bankia la prescripción de la acción de reclamación de las cantidades abonadas por la formalización de la operación de préstamo de 2003 al entender que debe distinguirse entre la acción declarativa de nulidad y la acción de restitución o de reclamación dineraria, siendo así que esta segunda está sujeta al plazo general de prescripción del artículo 1964 CC que en su redacción dada por la ley 42/2015 fija un plazo de 5 años, debiendo tenerse presente su DT5ª y la remisión al artículo 1939 del texto legal y fijando como dies ad quo la fecha de las facturas abonadas entiende que la acción debe considerarse prescrita.

Antes de resolver la cuestión objeto de recurso es necesario dejar constancia de que la escritura de préstamo hipotecario se otorgó en Alcalá de Henares siendo todos los contratantes de vecindad común y estando situada la finca también en la provincia de Guadalajara.

La sentencia de instancia desestimó dicha pretensión de la ahora recurrente al entender que no se está ante la existencia de dos acciones sino de una única acción imprescriptible. Añade que en todo caso es de aplicación el plazo de prescripción de 30 años conforme al contenido de la ley 39 del FNN.

La resolución del motivo de recurso exige en primer lugar determinar cuál es la legislación aplicable en este caso concreto en que la celebración del contrato y el domicilio de los contratantes esta fuera de Navarra.

Esta Audiencia Provincial en sentencia de fecha 16 de junio de 2022 dictada en el Rollo 533/2020 establece lo siguiente:

La sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de 8 de marzo de 2000 señala que "*Para resolver los conflictos de leyes a que la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional da lugar, el artículo 16 del Código Civil, que -como la preceptiva conflictual a que se remite- es de directa aplicación en Navarra ( art. 149.1.8ª, "in fine", de la Constitución y SS. 156 y 226/1993, de 6 mayo y 8 julio [RTC 1993, 156, LIB1993, 230 y RTC 1993, 226] del Tribunal Constitucional )*" y declara de aplicación "*las normas contenidas en el capítulo IV*" (del mismo Título Preliminar) con las particularidades que a continuación señala.

Pues bien, para resolver la cuestión planteada hay que estar a lo que resulte de los puntos de conexión establecidos para las obligaciones contractuales en el artículo 10.5 del Código Civil, de modo que a falta de sumisión expresa se aplica a las obligaciones contractuales la vecindad o residencia común de las partes, o, subsidiariamente, "*la ley del lugar de celebración del contrato*". Por lo tanto, al no constar sumisión expresa de las partes a la aplicación de un determinado cuerpo normativo y al ser Madrid la vecindad o residencia común a las mismas, tratándose de obligación contractual y siendo también Madrid el lugar de celebración del contrato resultaría de aplicación, en ausencia de otro dato, el Código Civil.

También tiene interés, al respecto, la doctrina contenida en la sentencia número 22/2019 de 14 de marzo RJ2019/2027 del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, cuando señala que "*... por un lado, que el derecho civil catalán puede aplicarse fuera de Cataluña cuando la relación jurídica deba regirse por el llamado estatuto personal y, de otro, que dentro de Cataluña pueden aplicarse otros ordenamientos civiles cuando las normas que rigen los conflictos interregionales lo dispongan*". Y añade "*La eficacia territorial del Derecho civil de Cataluña, que con carácter general establece el art. 111-3.1 CCCat, tiene su manifestación más clara con respecto a las materias que tradicionalmente se someten al denominado estatuto real, pero en punto al derecho de obligaciones rige el art. 10.5 CC a cuyo tenor: Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. En su defecto, el art. 10.5 CC prevé como puntos o criterios de conexión subsidiarios: a) la ley personal común de los contratantes, determinada por la vecindad civil o domicilio social en el caso de las personas jurídicas ( art. 16.1, 1ª CC ); b) en su defecto la ley vigente en el lugar de residencia habitual de los contratantes; y c) en último término la ley vigente en el lugar donde se celebra el contrato. Finaliza la norma añadiendo que falta de sometimiento expreso se aplicará los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos*". Y aplicando tales criterios



al caso que resolvió consideró inaplicable el derecho civil catalán " *habida cuenta que no hay sometimiento expreso a ley alguna en el contrato, la norma jurídica aplicable será la contenida en el Código Civil ya que: a) los litigantes son de **nacionalidad** española, pero tienen domicilios diferentes, la entidad demandante en Castellón y la demandada en Alcanar (Tarragona); b) el contrato se suscribió en Vinaròs y los servicios cuyo precio se reclama se prestaron también en la Comunidad Valenciana*". Criterio que " *mutatis mutandi*" es el que nosotros también hemos considerado aplicable".

En consecuencia, y como se concluye en dicha resolución estimamos que en el supuesto enjuiciado no resulta aplicable la Compilación foral de Navarra o Fuero Nuevo sino, en esta cuestión, el Código Civil común, tal y como antes dijimos, y, por ende, la jurisprudencia que lo interpreta.

**QUINTO.** -Entrando a examinar ahora la posible prescripción de la acción ejercitada de reclamación del importe de los gastos, en la resolución anteriormente transcrita se decía también:

"Con independencia de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre publicada en el BOE de 6 de octubre, que entró en vigor al día siguiente al de su publicación, y de que la reforma no solamente afecta al plazo de cinco años que establece, en lugar de los 15 de la versión precedente, para las acciones personales que no tengan plazo especial, y de la remisión de la disposición transitoria quinta a lo establecido en el artículo 1939 del CC, cabe tener en cuenta que el inicio del plazo lo establece desde que " *pueda exigirse cumplimiento de la obligación*"; con independencia de todo ello lo determinante es fijar la fecha a partir de la cual transcurre el período de prescripción y en este sentido la reciente STJUE, sección 1 del 10 de junio de 2021 distingue " *por un lado, la oposición de un plazo de prescripción a una acción ejercitada por un consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor y, por otro lado, la oposición de tal plazo a una acción ejercitada por dicho consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13*". Y en cuanto a la primera cuestión resuelve en el sentido siguiente:

" *procede considerar que, para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor, este debe poder invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual no solo como medio de defensa, sino también a efectos de que el juez declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que una acción ejercitada por el consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede estar sujeta a ningún plazo de prescripción*"; mientras que respecto de la segunda afirma que " *...la oposición de un plazo de prescripción a una acción ejercitada por un consumidor para que se le devuelvan cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, basta con recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad*"; y en lo relativo a la duración del plazo de prescripción que se sujeta la acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas menciona que duraciones de tres y cinco años son compatibles con el principio de efectividad, pero por lo que respecta " *al inicio del plazo de prescripción controvertido en los litigios principales, existe un riesgo nodesdeñable de que el consumidor no está en condiciones de invocar, durante dicho plazo, los derechos que le confiere la Directiva 93/13...*", Y termina señalando que, " *un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase...*", Y considera que un plazo de prescripción de cinco años establecido para que el consumidor obtenga la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas, [que] empieza a correr " *en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva*".

En consecuencia, la parte apelante-demandada hubiese debido acreditar el momento a partir del cual los actores pudieron conocer sus derechos y, concretamente, que la cláusula de gastos era nula o que podían reclamar las cantidades satisfechas en razón de la referida cláusula, pues es a partir de entonces cuando con arreglo a la sentencia mencionada, pero también según el artículo 1964.2 CC en la versión vigente que alude a " *desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*", cuando cabe iniciar el cómputo del plazo prescriptivo correspondiente. Y es lo cierto que la parte apelante, a quien correspondía la carga de acreditar los hechos de los que dependía la apreciación de la prescripción alegada, no ha levantado la referida carga de manera que no cabe apreciar la prescripción de la acción de reclamación ejercitada.

Además, el TJUE ha considerado que " *tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como día a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el "enriquecimiento indebido" o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia,*



*C-485/19, apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad".*

Por último, cabe indicar que tampoco podría apreciarse la existencia de la prescripción invocada si se entendiese que el plazo prescriptivo se inicia con la sentencia firme que haya declarado la nulidad de dicha cláusula, pues tal nulidad se declaró en la sentencia de instancia; tampoco si se toma en cuenta como día inicial del plazo de prescripción " *la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios sentencias de 23 de enero de 2019* "; sucediendo lo mismo si se considera " *día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020)*".

Aunque la SAP Zaragoza Sección 5ª 16.12.19 señala que " *los efectos de tal declaración están sujetos al plazo de prescripción de quince años del art. 1964 del CC, reducido a cinco tras la Disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modificó dicho artículo si bien conforme a la disposición transitoria quinta de la misma norma, que remite al 1939 del CC, dicho plazo será de aplicación desde la entrada en vigor de la citada modificación*".

Conforme a dicho criterio procede la desestimación del recurso y la confirmación del pronunciamiento que desestima la prescripción de la acción ya que tal y como se señala en dicha resolución no es el día en que se realizó el pago el momento en el que debe computarse el dies ad quo del plazo de prescripción.

Procede por tanto la desestimación del motivo de recurso alegado.

**TERCERO.** -Recorre también el pronunciamiento que declara la nulidad de las cláusulas reguladoras de la Comisión de Apertura contenidas en ambas escrituras de préstamo hipotecario la primera y de ampliación y novación del préstamo hipotecario la segunda por considerar que la misma supera los controles de incorporación, transparencia, y contenido o abusividad. A su juicio la resolución dictada no solo es contraria al contenido de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, sino que también se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de Pleno número 44/2019 de 23 de enero de 2019 que no ha sido contradicha por la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020. Igualmente se remite al contenido de la sentencia de 20 de enero de 2021 del TS que reitera la consideración de la Comisión de apertura como parte del precio que excluye por tanto el control de abusividad.

Considera además la recurrente que la cláusula de comisión de apertura es transparente y responde a gastos inherentes a la actividad bancaria de concesión, estudio y tramitación de un préstamo, sin que sea necesario que la entidad financiera pruebe la realización de dichas actuaciones asociadas al estudio, tramitación y concesión del préstamo. Añade también que el juicio de abusividad de la cláusula de comisión no puede basarse en el examen de la proporcionalidad del importe de la Comisión con el coste de las actuaciones que remunera.

Concluye considerando que la STJUE de 16 de julio de 2020 no desvirtúa ni contradice la jurisprudencia del TS y conforme a la misma entiende que la comisión de apertura es un elemento principal y fundamental del precio del préstamo según su propia naturaleza. En este caso concreto se supera el control de transparencia ya que ha sido objeto de información pre contractual y además es una estipulación clara, resaltada y separada que se paga en una sola vez en el momento de la concesión del préstamo. Dicha transparencia no se ve alterada por el hecho de que deban conocerse la naturaleza de los motivos que justifican el cobro de la Comisión. Todo ello le lleva a concluir que dicha cláusula no sólo es transparente, sino que no puede reputarse abusiva al no ocasionar desequilibrio por ser proporcional el importe de la Comisión en relación con los servicios que se retribuye.

**CUARTO.** - Con fecha 10 de julio de 2003 Doña Consuelo y don Genaro suscribieron con Bankia SA una escritura de préstamo hipotecario en cuya cláusula. CUARTA se dice "

COMISIONES.

1.-Comisión de apertura. -El préstamo devengará por una sola vez, a favor de la Caja, una comisión de apertura de mil ciento setenta y dos euros (1.172), cuya liquidación y pago se realiza el día de hoy, adeudándose en la cuenta en que se abona el capital prestado.

En dicha escritura consta la advertencia de que no existen discrepancias entre las Condiciones Financieras de la Oferta Vinculante del préstamo y las Cláusulas Financieras de esta escritura, cuyo proyecto ha estado a disposición de la parte prestataria los 3 días hábiles al otorgamiento de la presente escritura.

Posteriormente en fecha 1 de febrero de 2016 suscribieron una nueva escritura de Ampliación y Novación Modificativa de Préstamo Hipotecario, en cuya cláusula



"4ª. COMISIONES.1. Comisión de modificación. Sin perjuicio de la comisión pactada en la escritura de concesión del préstamo, la ampliación del mismo devengará por una sola vez, a favor de la Caja, una comisión de modificación de MIL CIENTO TRECE EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (1.113,14€), cuya liquidación y pago se realiza el día de hoy, adeudándose en la cuenta en la que se abona el importe de la ampliación del préstamo.

**QUINTO.** - Con carácter previo al examen del contenido de dichas cláusulas y tal y como se ha recogido en las sentencias de Pleno de esta Sección Tercera de la AP de Navarra de fecha 23 de octubre de 2022 (rollo 173/22) es necesario efectuar una expresa consideración diferenciada de las cláusulas controvertidas en esta alzada al entender que no se trata en ambos casos de una comisión de apertura. Así se denomina en la escritura de préstamo hipotecario de 10 de julio de 2003 siendo así que en la escritura de ampliación y novación del préstamo de 1 de febrero de 2006 se refiere a la misma como Comisión de modificación. Tal y como hemos recogido en la mencionada resolución solamente en la escritura de 10 de julio de 2003 se regula una " *comisión de apertura*" propiamente dicha, vistos los respectivos términos en que viene establecida cada una de esas cláusulas en las diferentes escrituras.

Examinando por tanto a la posible abusividad de dicha cláusula la sentencia de instancia declara la nulidad de dicha cláusula con remisión expresa a la jurisprudencia del TJUE al considerarla abusiva. Aun cuando considera que la redacción es clara sencilla y comprensible entiende que la entidad no ha aportado prueba alguna que acredite cuáles son los concretos servicios por los que se ha cobrado dicha comisión, ni el coste unitario de los mismos.

Como es conocido, el análisis jurisprudencial de la posible abusividad de la comisión de apertura en los contratos de préstamo hipotecario suscritos por consumidores ha sido objeto de relevantes vaivenes y evoluciones.

Inicialmente, la STS de 23 de enero de 2019 determinó que la comisión de apertura constituía, junto con el interés remuneratorio, una partida integrante del precio que retribuía la concesión de un préstamo o crédito hipotecario, en particular los servicios de estudio, preparación y tramitación, que son inherentes y necesarios para su concesión. Ello determinaba la imposibilidad de llevar a cabo un control de contenido (no cabe un control de precios), siempre que su incorporación en el contrato fuese transparente, en el sentido de su comprensibilidad real en cuanto a las consecuencias económicas que suponen para el consumidor, en aras a poder comparar entre distintas ofertas, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado por la jurisprudencia del TJUE.

Posteriormente el TJUE dictó sentencia de 16 de julio de 2020 en los asuntos C-224/19 y C-259/19, estableciendo 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"*, ello en la consideración de 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"*.

Ante la controversia suscitada con dicho pronunciamiento por razón de los términos en que habían sido planteadas las cuestiones C-224/19 y C-259/19, el Tribunal Supremo volvió a elevar cuestión prejudicial ante el TJUE (asunto C-565/21), resuelta con la STJUE de 16 de marzo de 2023. Esta sentencia ha afirmado lo siguiente: 1) La comisión de apertura no puede ser considerada como un elemento esencial del contrato; 2) Ello no impide que la referida cláusula pueda ser sometida igualmente a una evaluación de abusividad; y 3) La comisión de apertura no es *per se* abusiva, siempre que conste razonablemente que el prestatario ha podido entender la naturaleza de los servicios prestados como contrapartida y verificar que no existe solapamiento con otros gastos previstos en el contrato, y siempre que sea posible analizar la existencia de un posible desequilibrio.

A la vista de todo ello, y tal y como ha quedado plasmado en la Sentencia de Pleno de fecha 27 de julio de 2023 dictada en el Rollo de apelación nº 1887/2018, esta Sección seguirá la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2023 (ECLI:TS:2023:2131) en cuanto interpreta la sentencia del TJUE de



16 de marzo de 2023 asunto C-565/21 (JUR2023,112583), que se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales que había planteado).

Tras el análisis de la misma destacamos que el TJUE no ha afirmado el carácter abusivo de la cláusula que regula la comisión de apertura. Antes, al contrario, el tribunal europeo parte de que dicha comisión no es abusiva, salvo que, por excepción, no se pueda considerar razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se brinden en el ámbito de las prestaciones antes descritas, o salvo que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

El TJUE explica y reitera que la exigencia de transparencia de cláusulas insertas en contratos con consumidores, prevista en el art. 5 de la Directiva 93/13, debe interpretarse extensivamente, de manera que no sólo implica que la cláusula resulte comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que *"el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ( sentencia de 16 de julio de 2020, CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C 224/19 y C 259/19 , EU:C:2020:578 , apartado 67 y jurisprudencia citada)"*.

Ahora bien, al propio tiempo el TJUE señala de modo expreso que *"de esa jurisprudencia no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales"*, sino que por el contrario basta con que *"la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto"* (apartado 32). Por tanto, no es preciso que la entidad financiera acredite cuáles han sido en cada caso los servicios prestados, sino que es suficiente que los mismos puedan deducirse de la propia existencia del contrato. En consecuencia, corresponde al juez nacional decidir si de la naturaleza del contrato puede deducirse la efectiva prestación de los servicios.

Adicionalmente, el TJUE también afirma que no cabe considerar que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura cumple automáticamente la exigencia de transparencia (apartado 38), por lo que el juez competente debe comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar (i) las consecuencias económicas derivadas de la cláusula, (ii) entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida y (iii) y verificar que no existe solapamiento.

Cabe destacar que la STJUE de 16 de marzo de 2023 ya no referencia en ningún punto la necesidad de que la entidad financiera demuestre que la comisión responda a servicios efectivamente prestados. Lo que se afirma es lo siguiente: *"una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo"* (apartado 59).

Por tanto, no se trata de que con carácter general no quepa en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establece 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 (apartado 60 de la STJUE de 16 de marzo de 2023), sino que como punto de partida el TJUE considera que la comisión de apertura no es abusiva, sin perjuicio de que, por excepción, el tribunal competente pueda comprobar que: a) no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas (por venir ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor, apartados 51,58 y 59 de la STJUE de 16 de marzo de 2023); o bien b) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

Por su parte la sentencia dictada por el Tribunal Supremo a raíz de la consulta resuelta por el TJUE ( STS nº 816/2023, de 29 de mayo) ha interpretado en esta línea que *"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] incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato".*

(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".*

**SEXTO.** - En el caso enjuiciado consideramos que se cumple la exigencia de la transparencia ya que la redacción de la cláusula, como bien se dice en la resolución apelada, es clara sencilla y fácilmente comprensible. Entendemos por tanto que se superan las exigencias de transparencia al cumplirse con los requisitos que exigía la normativa bancaria vigente al tiempo de celebración del contrato, constanding además la advertencia notarial de que no existen discrepancias entre las Condiciones Financieras de la Oferta Vinculante del préstamo y las cláusulas financieras de la escritura, cuyo proyecto ha estado a disposición de la parte prestataria los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la misma.

Además como hemos dicho la redacción de la cláusula es clara y permite al consumidor comprender su trascendencia, determinando con precisión el importe de la comisión mediante un porcentaje del capital y un importe mínimo, así como el momento en el que debe abonarse, lo que permite evaluar las consecuencias económicas que para el prestatario tiene dicho concepto y aunque no se detallan los servicios o la actuación



desarrollada que se retribuye con la comisión de apertura, puede deducirse del contrato en su conjunto y de las normas que expresamente regulan dicha comisión en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Sin embargo, la sentencia dictada en primera instancia ahora recurrida anula, por abusividad, la comisión de apertura al entender que no consta probada la efectiva prestación de los servicios, trámites y gestiones que la comisión retribuye y porque no consta información previa a los consumidores sobre el alcance de tales servicios.

Como hemos indicado, a la luz de la jurisprudencia del TJUE la comisión de apertura no es abusiva salvo que no se pueda considerar razonablemente que existe contrapartida o salvo que el importe resulte desproporcionado en relación con el importe del préstamo, resultando en consecuencia que no es exigible esa demostración de prestación efectiva de los servicios que remunera esta comisión, tal y como también afirma el TS.

Sobre la primera excepción, la realidad es que la razonabilidad de la efectiva prestación de esos servicios y gestiones está determinada legalmente. La comisión de apertura se ha regulado primeramente en la Orden de 5 de mayo de 1994; después en el art. 5 de la Ley 2/2009, reguladora de la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios; y actualmente, en el art. 14 de la Ley 5/2019.

Como explica el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia nº 816/2023, de 29 de mayo (recaída tras su consulta al TJUE sobre la cuestión), esta regulación normativa ha mantenido siempre un tratamiento específico para la comisión de apertura, diferenciado del resto de comisiones bancarias, puesto que mientras respecto de estas últimas la normativa referida ha exigido, continuadamente en el tiempo, que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, proscribiendo que puedan cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor, por el contrario respecto de la comisión de apertura en particular, la normativa siempre ha estipulado una regulación diferenciada y específica, distinguiéndola así del resto de comisiones y gastos repercutibles, previendo esta comisión como de devengo único y determinando expresamente que la misma abarca cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito.

La diferenciación expuesta en el tratamiento legal de la comisión de apertura respecto del resto de comisiones bancarias es relevante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que aquello a lo que responde la comisión de apertura viene determinado por la propia normativa que la regula. De acuerdo con esa normativa, la comisión de apertura compensa todas las actuaciones llevadas a cabo por la entidad financiera para la concesión del crédito (estudio de solvencia y garantías, preparación y tramitación de la documentación, concesión). Se trata de actuaciones inherentes y efectivas para la concesión del préstamo o crédito, a diferencia del resto de comisiones y gastos, que serán repercutibles solamente si responden a servicios prestados, distintos de la concesión, lo cual exigirá, ineludiblemente, la demostración de haberse llevado a cabo.

Como afirma la STS 816/23, "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". Por tanto, es legislador quien ha establecido un tratamiento diferencial para la comisión de apertura, revistiéndola de un contenido propio y específico e identificando el mismo como un contenido inherente a la concesión del préstamo, contenido explícitamente determinado y reconocido por la propia norma. Se trata de una serie de actuaciones (que la propia Sentencia del TJUE enumera -estudio, diseño y tramitación de la solicitud del préstamo-) en su mayor parte impuestas por la propia normativa bancaria. Su razonable existencia, por tanto, se infiere suficientemente por tal predeterminación legal y por su ordinaria prestación a través de los propios recursos de la entidad prestamista, sin que se exija ni por la ley ni por el TJUE una demostración concreta de las actuaciones desarrolladas para advertir la razonable prestación de las gestiones.

Esta Sala ha expresado en sentencia de Pleno nº 621/2023, de 27 de julio, que *"En lo que se refiere a la realidad de los servicios prestados en contrapartida a la comisión, el juez nacional deberá valorar, de acuerdo con la sentencia la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, si razonablemente cabe concluir que esos servicios efectivamente se han prestado, lo que esta Sección estima que ocurre en el presente caso, en contra de lo que se sostiene en la sentencia apelada, ya que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2023 ( ECLI:ES:APB:2023:4460 ), se "trata de servicios definidos legalmente, que la propia sentencia del TJUE enumera -estudio, diseño y tramitación de la solicitud del préstamo- y que en su mayor parte vienen impuestos por la propia normativa bancaria", sin que sea necesario "que se detallen en el contrato ni la*



sentencia exige una prueba concreta de que esos servicios se han proporcionado, exigencia que sería difícil de cumplir cuando de ordinario se llevan a cabo con recursos propios del prestamista", sino que basta que "razonablemente se pueda inferir que los servicios se han facilitado y que no se retribuyen de otro modo", lo que se desprende del examen de la escritura pública, donde no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrará otra cantidad diferente, figurando otras comisiones diferentes pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, como la comisión por cancelación, la comisión por subrogación de un nuevo deudor, la comisión de reclamación de impagados, la comisión por expedición de certificado de saldo y la comisión por modificación o novación de las condiciones inicialmente pactadas".

En segundo lugar, en relación con la evaluación de la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura en relación con el importe total del préstamo consideramos, con todas las cautelas que supone tener que examinar el requisito de la proporcionalidad "sin incurrir en un control de precios", que no parece que una comisión de 1172€ sobre el importe inicial del préstamo que en este caso era de 117.200€ sea desproporcionada.

Procede por tanto estimar el recurso interpuesto declarando la validez de la cláusula reguladora de la Comisión de apertura contenida en la escritura pública de 10 de julio de 2003.

**SÉPTIMO.** - Se recurre igualmente el pronunciamiento que declara la nulidad de la cláusula contenida en la escritura de Ampliación y Novación del préstamo hipotecario de fecha 1 de febrero de 2006, que tiene el siguiente tenor literal:

4ª. COMISIONES.1. Comisión de modificación. Sin perjuicio de la comisión pactada en la escritura de concesión del préstamo, la ampliación del mismo devengará por una sola vez, a favor de la Caja, una comisión de modificación de MIL CIENTO TRECE EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (1.113,14€), cuya liquidación y pago se realiza el día de hoy, adeudándose en la cuenta en la que se abona el importe de la ampliación del préstamo.

Tal y como hemos señalado anteriormente esta Audiencia Provincial se ha pronunciado recientemente sobre la naturaleza jurídica de dichas comisiones en sentencia de pleno de fecha 23 de octubre de 2023 dictada en el Rollo 173/22 en los siguientes términos:

*"En principio la naturaleza jurídica de estas otras comisiones resulta muy próxima y similar a la de la comisión de apertura, en tanto que son devengadas de una sola vez a partir del propio otorgamiento de la escritura. Ahora bien, la función de una y otra comisiones no resulta íntegramente semejante, toda vez que la comisión de apertura ha venido siendo determinada de forma normativa desde la Orden de 5 de mayo de 1994 como la retributiva de "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo" (y en similares términos se ha mantenido después en la Ley 2/2009 y en la Ley 5/2019). Por el contrario, las comisiones de subrogación y de novación no se generan con motivo de la concesión de un préstamo sino con motivo de una operación financiera distinta y diferenciada que está vinculada a un préstamo hipotecario ya anteriormente otorgado (en un caso, la sustitución del deudor inicial por un nuevo prestatario; en el otro supuesto, la modificación de las condiciones de la financiación ya concedida). De hecho el art. 4.2 de la Ley 2/1994, reguladora de la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, delimita expresamente el contenido propio de este tipo de escrituras públicas, que pueden referirse a "i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales", y no, por tanto, a la concesión ex Novo de la financiación hipotecaria.*

Pues bien, como antes ha quedado explicado, la comisión de apertura (en el caso que nos ocupa, existente en el préstamo de 8 de noviembre de 2021) queda validada -por no resultar abusiva ni carecer de transparencia- por excepción, en concreto por razón de esa regulación normativa particularizada que ha tenido la misma, desde el año 1994, frente al resto de comisiones bancarias. La singularidad estriba, como ha quedado explicado, en que, frente al resto de comisiones, respecto de las cuales la normativa siempre ha exigido que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, prohibiendo que puedan cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor, por el contrario en el caso de la comisión de apertura es la propia normativa reguladora la que singulariza a la misma predeterminando los servicios y gestiones a que responde y predeterminando también su efectiva prestación como parte inherente de la actividad del prestatario "ocasionada por la concesión del préstamo". Esa es la razón por la que en el caso particular de la comisión de apertura no resulta exigible una prueba o demostración de los servicios prestados: la propia norma ya determina los mismos y dispone que forman parte inherente a la concesión de un préstamo.

Refuerza esta consideración el análisis de la previsión normativa del resto de comisiones, esto es, de las comisiones diferentes a la de apertura (tanto en la OM de 5 de mayo de 1994, como en la Ley 2/2009 y en la Ley 5/2019), pues las mismas han de responder "a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto



a la concesión o a la mera administración ordinaria del préstamo" ( art. 4.2.C del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 y art. 5.2. 2º de la Ley 2/2009). El cambio de deudor prestatario o la novación de las condiciones del préstamo preexistente son servicios específicos, distintos de la concesión y de la mera administración ordinaria del préstamo, que en todo caso se superponen a una previa relación contractual preexistente y ya concedida con anterioridad.

Siendo todo ello así, no podemos interpretar extensivamente esa particular singularidad normativa de la comisión de apertura, que responde como ha quedado dicho a actividades, gestiones y servicios inherentes a la concesión inicial de un préstamo. Ni podemos dar por supuesto, tampoco, que la subrogación en el préstamo de un nuevo prestatario o la novación de determinadas condiciones del préstamo impliquen inexorablemente, en todos los casos, una serie de estudios, trámites y gestiones vinculados a la preexistente y anterior concesión del préstamo, puesto que en tales casos de subrogación o de novación el préstamo es anterior y ya está concedido, por lo que no es la actividad inherente del prestamista " ocasionada por la concesión del préstamo" la que justifica en sí misma estas comisiones (al contrario de lo que sucede con la comisión de apertura). En este sentido, esta Sala ya expresó en sentencia nº 515/2022, de 5 de julio, que " la entidad recurrente ni siquiera llega a identificar qué servicios retribuye la comisión impuesta por el cambio de deudor puesto que los que refiere en su recurso son los propios de la concesión del préstamo y a la concertación de una comisión de apertura ("servicios necesarios y definidos normativamente, y que se consideran realizados con la concesión del préstamo") y no corresponden desde luego a los que pudieran obedecer a una operación de novación subjetiva por cambio de deudor. Y, a diferencia de la comisión de apertura, esos servicios o actuación a retribuir no se extrae de las normas que expresamente regulaban dicha comisión en nuestro Ordenamiento jurídico, conforme a las cuales la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones ya que retribuye las actuaciones inherentes y necesarias para la concesión del préstamo o crédito, de conformidad con su normativa reguladora, mientras que las demás comisiones y gastos responderían a "actuaciones o servicios eventuales", debiendo ser concretados y su efectiva prestación acreditada".

Como ha quedado antes indicado, la STJUE 16 de marzo de 2023 vincula la validación de una comisión de apertura, entre otros factores, a que resulte razonable que se presten los servicios proporcionados como contrapartida (razonabilidad que, a su vez, existe como hemos explicado desde el momento de su predeterminación normativa), lo que por el contrario no cabe predicar en idénticas condiciones en relación con las comisiones de subrogación o de novación, respecto de las cuales no existe similar predeterminación normativa y, en consecuencia, no cabe entender razonablemente (y sin necesidad de demostración concreta) qué tipo de servicios o gestiones se hayan prestado dentro de la actuación inherente del prestamista.

La consecuencia de lo expuesto es que la validez del cobro de estas otras comisiones de subrogación y de novación sí requiere una específica demostración de la efectiva prestación de los concretos servicios y gestiones desplegados, y que tales comisiones remuneran, demostración que no se ha producido en el caso que nos ocupa, tal y como referencia la sentencia apelada, lo que comporta en definitiva la ratificación de la nulidad de estas otras comisiones por la abusividad existente en las mismas.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankia S.A. declarando la validez de la cláusula de comisión de apertura contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 10 de julio de 2003, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

**OCTAVO.** -La estimación del recurso de apelación conlleva, en aplicación del artículo 394 en relación con el 398 ambos de la LEC la no imposición en las costas causadas.

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

## FALLO

**Esta Sala acuerda la estimación parcial** del recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 7 bis de Pamplona en fecha 2 de junio de 2021 acordando dejar sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 10 de julio de 2003 y que condena a la demandada a la devolución a la actora de 1172€ manteniendo el resto de los pronunciamientos.

No procede hacer expresa condena las costas causadas por el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de



**recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

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 tutela o 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO