

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250

1- UPAD CIVIL, PASEO DE GARAY N° 3, 3ª PLANTA. 30003 MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968229180 Fax: 968229184

Correo electrónico: audiencia.sl.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MPG

N.I.U. [REDACTED]

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION- [REDACTED]

Recurrente: CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: [REDACTED]

Abogado: J. [REDACTED]

Recurrido: INEML CARLOS JUAN GONZALEZ, FRANCISCO JOSE GONZALEZ

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

SENTENCIA Nº [REDACTED]

Ilmos. Sres.

[REDACTED]

Presidente

[REDACTED]

D. [REDACTED]

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a 23 de junio de 2023

[REDACTED] ON

[REDACTED]

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED], que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, entre las partes: como actor [REDACTED] representado por el/la Procurador/a D^a Rocío Bernal Barnuevo y dirigido por el Letrado D. Bartolomé Giménez Ibarra, y como demandado Cajamar Caja Rural SCC, representado por el/la Procurador/a [REDACTED] a y dirigido por el Letrado [REDACTED]. En esta alzada actúan como apelante Cajamar Caja Rural SCC y como apelado [REDACTED].

Siendo Ponente el Ilmo. S. [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

HECHOS

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia en los referidos autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED] se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Estimar la demanda formulada por la representación procesal de F. [REDACTED] contra CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C. y:*

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 8 de febrero de 2017 otorgada ante el Notario D. R. Jorge Conde Ajado, al número 206 de su Protocolo, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 1.259,23 € más el interés legal de la referida cantidad desde su efectivo pago hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde esta última fecha hasta su completo pago.

2. *Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula que establece una comisión de apertura y le condeno al pago de la suma de 750 euros más los intereses legales.*

Todo ello con expresa condena en las costas procesales a la parte demandada”.

Segundo: Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Cajamar Caja Rural SCC exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a [REDACTED] emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el [REDACTED] que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 23 de junio de 2023 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto del recurso de apelación.

1.- Se interpone recurso de apelación por la entidad de crédito demandada contra la sentencia que estima íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula gastos y la comisión de apertura, condenando a la demandada

al abono de las cantidades correspondientes consecuencia de la nulidad de las citadas cláusulas, más intereses y costas de la primera instancia.

2.- La recurrente basa su recurso en los siguientes motivos: a) improcedente declaración de nulidad de la comisión de apertura, al no dar respuesta la sentencia apelada las cuestiones planteadas y ser contraria a la jurisprudencia nacional y comunitaria; b) en segundo lugar, y para el caso de que se estime el motivo anterior, debe revocarse el pronunciamiento sobre costas al tratarse de una estimación parcial.

3.- Por los apelados se oponen al recurso y solicitan la desestimación del mismo, confirmando la sentencia apelada.

Segundo: Examen de la validez de la comisión de apertura.

4.- El primer motivo de apelación radica en la impugnación de la declaración de nulidad de la comisión de apertura alegando los motivos habituales de las entidades de crédito en defensa de la citada comisión, esto es, su carácter de parte esencial del contrato al formar parte del precio, la validez de la misma derivada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la falta de alteración de dicha doctrina por la jurisprudencia comunitaria, la superación del control de transparencia y la correspondencia con servicios efectivamente prestados por la entidad de crédito con carácter previo a la concesión del préstamo.

5.- En relación a la comisión de apertura, debemos de señalar que el examen de su abusividad queda marcado por la reciente STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21) en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en su auto de 10 de septiembre de 2021, lo que implica que la resolución de la validez o nulidad de esta comisión debe de ajustarse a lo establecido en dicha sentencia, de aplicación preceptiva (art 4 bis LOPJ), poniendo fin, de esta forma a la discusión jurisprudencial sobre la misma, sin perjuicio de la necesidad de atender al

caso concreto. Debe añadirse que el Tribunal Supremo ha dictado la STS 816/23, de 29 de mayo en la que interpreta el contenido de la resolución del tribunal comunitario. Por ello, se hace necesario delimitar cómo queda el tratamiento de la comisión de apertura tras el dictado de ambas resoluciones.

6.- La primera conclusión que se obtiene de la citada STJUE de 16 de marzo de 2023 es que la comisión de apertura no puede ser considerada como parte del objeto principal del contrato considerando contraria al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE *“una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio”, tal como se refleja en la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, sin que pueda considerarse “que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito, según los identifica la jurisprudencia que se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de «objeto principal del contrato» todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio” (parágrafo 23).*

7.- La consecuencia directa de la exclusión que lleva a cabo el tribunal comunitario de la comisión de apertura del objeto principal del contrato de préstamo o crédito, no es otra que la misma queda sometida al control de abusividad como cualquier otra cláusula no esencial del contrato en los términos que se reflejan en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sin las limitaciones que la propia jurisprudencia

comunitaria y nacional imponen al control de abusividad de las cláusulas esenciales del contrato. Por tanto, la jurisprudencia derivada de la STS 44/2019 en virtud de la cual no cabía control de contenido si la comisión de apertura, en cuanto se consideraba como elemento esencial del contrato, es transparente, ya no es aplicable al resultar contraria a la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 dada por el TJUE en la sentencia citada, tal como ha reconocido la STS 816/23 ya citada.

8.- Por tanto, 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, 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.

9.- 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, por el que los *"contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*. Por ello, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la

evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

10.- La importancia de este control de transparencia y su alcance es destacada por en la STJUE de 16 de marzo de 2023. Así en su parágrafo 30 señala que *"...la exigencia de transparencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 no puede limitarse al carácter comprensible de esas cláusulas desde un punto de vista formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva..."*. Ello supone no solo la comprensión 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..."* (parágrafo 31), de forma que, aunque de la jurisprudencia comunitaria no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato la naturaleza de los servicios proporcionados, sí que es necesario que *"... la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen"* (parágrafo 32).

11.- 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. Así lo declara la STS 162/21, de 23 de marzo cuando señala que *"El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula"*. Esta falta de transparencia puede provocar un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener un préstamo en el que se le enmascaran parte de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato. De hecho, la STS 44/2019, de 23 de enero, no excluye la procedencia de dicho control de transparencia material respecto de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y tras la STJUE de 16 de marzo de 2023, ya no cabe duda alguna de que dicha jurisprudencia nacional es también aplicable a la comisión de apertura al no diferenciarse su tratamiento de abusividad del resto de las cláusulas no esenciales del contrato de préstamo hipotecario en el que se integra.

12.- Por tanto, la validez de la comisión de apertura queda condicionada por la necesidad de un control judicial desde esta perspectiva. Incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor debe de tener conocimiento de los motivos que

justifican la retribución correspondiente a esta comisión, lo que le permitirá valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato, pudiendo dicha comisión de apertura 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.

13.- Tal obligación judicial es, de nuevo recordada por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 al responder a la segunda cuestión planteada por el Tribunal Supremo, al considerar que en la interpretación del artículo 5 de la Directiva 93/13 el juez nacional *"...deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen"*. Y para dicha comprobación fija una serie de criterios que deben de ser tomados en consideración por el juez nacional:

a- La notoriedad de dichas cláusulas de comisión de apertura no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible (parágrafo 41).

b.- La información legal obligatoria que debe facilitar la entidad financiera de acuerdo con la normativa nacional y la información dada por el prestamista en el contexto de la negociación contractual son parámetros a valorar sobre la comprensibilidad de la comisión de apertura (parágrafo 42).

c.- También puede tomarse en consideración la publicidad en relación del tipo de contrato suscrito, dentro del contexto de negociación del contrato (parágrafo 43).

d.- Debe atenderse al nivel de atención medio que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (parágrafo 44).

14.- En relación a la respuesta a la tercera cuestión prejudicial, también puede alcanzarse una conclusión clara, esto es, que la comisión de apertura, por sí misma, no puede ser entendida como una cláusula abusiva en todo caso, sino que podrá ser declarada como tal en atención a las circunstancias del caso concreto en el que la misma sea objeto de examen de abusividad, pues así se declara en el párrafo 59 al señalar que *“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”*. Criterio igualmente destacado por la STS 816/23.

15.- En consecuencia, es preciso el examen concreto de cada uno de los asuntos objeto de enjuiciamiento, pues, conforme a la citada STJUE, una misma comisión de apertura podrá ser o no abusiva en atención, fundamentalmente, al tipo de información facilitada al consumidor y al cumplimiento de las condiciones que la propia legislación bancaria impone para la validez de una comisión, según implique la existencia o no de desequilibrio en la posición del consumidor dentro del contrato. No obstante, se puede alcanzar la conclusión inicial de que, tratándose de una cláusula de naturaleza accesorio, al no responder a ningún servicio complementario o prestación adicional que el consumidor haya solicitado o, en su caso, hubiera podido rechazar, es nula por abusiva en caso de contratos con intervención de consumidores y en ausencia de negociación individual pues implica, en detrimento del consumidor, una carga económica desequilibrada. Para ello hay que partir de que, como la propia

parte apelante se encarga de recordar, a través de esta comisión, lo que vendría a representar es la actividad que hace el Banco, con carácter previo a la concesión del préstamo, y que englobaría todas las actuaciones y trámites necesarios para autorizar la operación.

16.- Lo primero que es preciso señalar es la normativa bancaria aplicable, en atención a la fecha en la que se otorgó la escritura de préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, de fecha 8 de febrero de 2017, lo que implica que regía las previsiones de la Ley 2/2009 en relación con la OEHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que deroga la OM de 5 de mayo de 1994). En la citada OEHA, en su artículo 3.1 reitera la previsión de la Ley 2/2009 *“Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”*. En su artículo 6 reitera la necesidad de facilitar al cliente la información precontractual, que no será otra que la fijada en la Ley 2/2009. En su artículo 18, denominado *“Evaluación de la solvencia en el préstamo responsable”* impone a la entidad de crédito la obligación de evaluar la capacidad del cliente a efectos de solvencia, a través de procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo dicha evaluación de solvencia, desarrollando las fases del contenido del mismo, en el artículo 18.2 OEHA. A la información precontractual, se incorpora la denominada Ficha de información patrimonial (FIRPE), que viene a sustituir al folleto informativo y la ficha de advertencias estandarizadas (FiAE), así como se impone la obligación de entregar la oferta vinculante mediante una ficha información personalizada (FIPER)

17.- Las consecuencias que se desprenden del régimen normativo anterior son: a) es obligación de la entidad de crédito y no del cliente, la de evaluar el nivel de solvencia del mismo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo, sin perjuicio de la necesidad de que el cliente colabore con la entidad en

dicho examen de solvencia; b) la entidad de crédito debe de cumplir unos altos estándares de información precontractual, correspondiendo a dicha entidad la carga de la prueba que justifique el cumplimiento de tales obligaciones; y c) en relación a las comisiones, las mismas deben de corresponder a servicios prestados efectivamente, expresamente solicitados por el cliente.

18.- Entrando ya en el examen de la comisión de apertura, la misma se define en la OM de 5 de mayo de 1994 como aquella que cubre *"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..."* (apartado 4.1 del anexo II de dicha OM relativo a las cláusulas financieras de los contratos de préstamo). En las normas posteriores, tanto la Ley 2/2009 como la OEHA 2899/11, no se incluye definición alguna de dicha comisión de apertura, por lo que habrá que entender que sigue siendo igualmente válida para comprender el alcance de la misma y de los aspectos que son objeto de pago a través de dicha comisión.

19.- Partiendo de dicho régimen jurídico, debemos de destacar que la comisión de apertura, en primer lugar, no es un servicio que redunde en beneficio del prestatario pues éste no recibe ninguna prestación adicional o extra que vaya más allá de la concesión del préstamo que es, precisamente, el objeto propio de este tipo de contratos y del que redundan beneficios tanto para el prestatario (recibe el dinero) como para el prestamista (cobra los intereses pactados por la entrega del dinero). No se alcanza a entender qué servicio adicional lleva consigo que deba ser remunerado de forma paralela o añadida al propio devengo del interés nominal, que es el verdadero precio.

20.- En segundo lugar, es una comisión que redunda sólo en beneficio de la entidad prestamista pues se trata de una comisión de "tramitación" que se configura como accesorio (no independiente) al propio préstamo y que se va a

devengar por voluntad unilateral del Banco, esto es, sin ser solicitada por el prestatario, imponiéndose la misma desde el mismo momento en el que se solicita el préstamo, y, por tanto, no es susceptible de ser rechazada por el cliente. La normativa bancaria citada permite, pero no impone, la fijación de una comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, por lo que su tratamiento no puede ser diferente del resto de las comisiones o de la cláusula de imputación de gastos. En definitiva, con esta comisión el Banco traslada a su cliente el coste económico de todas aquellas actuaciones que son consustanciales a la fase preparatoria de un contrato de préstamo (examen de la documentación, comprobación de la solvencia, análisis del riesgo, citas de su personal con el futuro prestatario, contabilidad interna, preparación de la documentación del contrato, etc.) gestiones todas ellas cuya realización corresponde, precisamente, al Banco y que se imponen legalmente a dicha entidad y no al cliente. Si conforme a la normativa legal y administrativa aplicable, la entidad prestamista debe abordar una serie de comprobaciones antes de conceder un préstamo, se puede entender que resulta desequilibrado y contrario a la buena fe que la entidad bancaria traslade el coste de dichas actuaciones a su cliente. De hecho, este tipo de cláusulas estarían incluidas dentro del catálogo de cláusulas abusivas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.3 TRLGDCU, en virtud del cual tendrán tal carácter aquellas cláusulas que impliquen *"La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario"*. No es que resulte proscrita la repercusión de dicho coste al cliente, pero, en caso de hacerlo, no se puede efectuar dicha traslación en condiciones generales de la contratación sino sólo después de una efectiva y real negociación.

21.- En tercer lugar, no puede entenderse que esta comisión remunere, como servicio independiente, el de emisión de una oferta, pues ello implica traslada costes internos de la entidad de crédito al consumidor, incrementando la carga económica que éste último debe afrontar, sin redundarle ningún beneficio ni ventaja.

Tampoco puede entenderse que esta comisión responda al coste de elaboración de un "estudio de solvencia" pues el Banco, al presentar la oferta frente a la solicitud del cliente, está actuando conforme a sus propios intereses, es decir, no realiza un estudio objetivo e independiente de la solvencia del cliente sino un análisis ajustado a sus propios intereses y expectativas económicas en el contrato a suscribir. Finalmente, tampoco puede entenderse que responda a un servicio de "administración" del propio préstamo pues es ajeno a la propia duración del préstamo abonándose al inicio, de una sola vez y a modo de comisión de tramitación por lo que carece de proporción en relación con la duración del préstamo.

22.- En definitiva, el hecho de que esta comisión esté explícitamente referenciada en la normativa sectorial, no puede ser argumento para soslayar la exigencia legal de que responda a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, ni menos aún para obviar la protección que al consumidor dispensa su específica normativa. En consecuencia, y más después de la STJUE de 16 de marzo de 2023, dicha comisión queda sometida a las exigencias relativas a su transparencia e información, por lo que no es posible dar carta de naturaleza a la misma de forma automática, como condición general de la contratación. Lo que se pretende con la regulación normativa de esta comisión no es, ni mucho menos, derogar la protección del consumidor frente a "cláusulas abusivas" que generen "desequilibrios importantes en derechos y obligaciones" sino, por el contrario, dotar de mayor protección al consumidor desde el punto de vista de las exigencias informativas que deben ser verificadas por el profesional a fin de que el consumidor conozca, cumplidamente, no sólo cuál es el interés remuneratorio que ha de abonar por el crédito sino todos los demás costes que haya que asumir. Y la traslación de los costes del Banco, típicos de su negocio, al cliente, requiere una negociación individualizada atendiendo a las circunstancias del caso.

23.- Finalmente, resta por determinar la configuración del desequilibrio derivada de la STJUE de 16 de marzo de 2023. En sus párrafos 58 y 59, con cita en la STJUE 3 de octubre de 2019 (C-621/17), viene a señalar, con carácter general, que una comisión de apertura no parece, de principio, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor. No obstante, ello no da carta directa de validez a dicha comisión, pues la misma debe de estar condicionada al examen y comprobación de su contenido por el juez nacional (párrafo 61), declarando incluso contraria a la Directiva una jurisprudencia que limitara la facultad de dicho examen por los tribunales nacionales (párrafo 60). Por tanto, tal control del caso concreto debe de estar basado, por un lado, en la comprobación de la concurrencia de desequilibrio en perjuicio del consumidor en el contrato por la aplicación de dicha cláusula (párrafos 50 y 51) y, por otro lado, en la comprobación de las prestaciones objeto de remuneración por la comisión de apertura se incluya algunas que no tengan que ver con el estudio, diseño y tramitación singularizada de la solicitud del préstamo o que el importe fijado sea desproporcionado en relación al importe del préstamo (párrafo 59). Si se dieran estas circunstancias, sería posible determinar la nulidad de la comisión de apertura. Por tanto, en cumplimiento de este deber de control, debemos analizar las circunstancias concurrentes en este caso.

24.- La STS 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, sin que exista vinculación por parte de este tribunal a las conclusiones alcanzadas por la citada STS 816/23, de 29 de mayo, sobre la comisión de apertura del concreto caso objeto de enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo. Lógicamente se aceptan los criterios de comparación establecidos en el fundamento de derecho 7º de dicha

sentencia, que sí configuran doctrina jurisprudencial, pero es necesario llevar a cabo un examen propio e individualizado de la presente comisión de apertura 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. Y dicho análisis debe de realizarse siguiendo los parámetros ya apuntados.

25.- Según el tenor de la cláusula litigiosa, contenida en el apartado 5 de la escritura de préstamo hipotecario de 8 de febrero de 2017 (documento nº 2 de la demanda), se fija una comisión de apertura de un 1 % sobre el capital prestado, con un mínimo de 300 €, que se adeudará en cuenta el mismo día del abono del préstamo. Como ya se ha señalado, 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.

26.- En primer lugar, debemos comprobar si es posible entender justificado que el consumidor prestatario estuvo en condiciones de entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida por el pago de la comisión de apertura. 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.

(i) La entidad bancaria aportó con su contestación la documentación precontractual facilitada al prestatario, en concreto, se aportó la solicitud de

préstamo hipotecario, la propuesta de préstamo u oferta vinculante y la FIPER. En todos esos documentos aparece reflejada la existencia de una comisión de apertura y su importe, pero en ninguno de ellos se incluye una descripción de cuales fueron los servicios que se remuneran con tal comisión o la determinación de los gastos que la entidad de crédito debió de asumir para la gestión y concesión del préstamo. Es una mención genérica de la comisión sin mayores explicaciones a diferencia de otros aspectos de la citada documentación precontractual en los que existe una mayor información. En todo caso, aunque se admitiese que el consumidor tuvo conocimiento de la misma antes de celebrar el contrato, ello no es suficiente para entender que el prestatario podía conocer la naturaleza de los servicios prestados por dicha comisión, sobre los que nada se les dice, por lo que no es posible, para un consumidor medio, poder comprobar si tales servicios (en su totalidad o en parte) correspondían o no a la tramitación singularizada del préstamo hipotecario o si existía una duplicidad con otras comisiones o cantidades cobradas por la entidad de crédito como consecuencia de la concesión del préstamo hipotecario.

(ii) 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. Aunque se acepte, porque así lo señala la STJUE de 16 de marzo de 2023, que la entidad de crédito no tiene obligación de precisar la naturaleza de todos los servicios, también el tribunal comunitario exige que la naturaleza de tales servicios debe de poderse entender razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto. Por ello, en este caso y de acuerdo con el contenido de la escritura, hay que aceptar que el consumidor estaría en condiciones de conocer la obligación de

pago de la citada comisión y el importe de la misma, pero no consta ni una sola referencia a los servicios que se remuneran, ni siquiera se hace mención a que su abono se corresponde a los gastos de gestión y estudio de la solicitud de préstamo. No es preciso especificar en qué consisten tales gastos, pero sí informar al consumidor no solo de la existencia de la comisión, que es lo que realmente se informa, sino también del objeto de la misma y no podemos presumir que el consumidor tenga conocimiento de los servicios que se abonan con esta comisión, cuando no se le ha informado antes de la celebración del contrato ni tampoco hay mención alguna en la propia escritura, sin que tampoco se pueda 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.

(iii).- Finalmente consta en la escritura la existencia de las advertencias realizada por el notario autorizante sobre la existencia de oferta vinculante, la coincidencia de las condiciones financieras con las plasmadas en la escritura, así como la disposición de una copia de la escritura antes del otorgamiento de la misma. Sin embargo, dejando a un lado que tales 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 es que el notario habría 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 en modo alguno consta 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.

27.- Finalmente, por lo que respecta al desequilibrio que determina la abusividad de esta comisión debemos entender que el mismo concurre. Por un lado, no se aporta documento alguno en el que la entidad de crédito justifique haber negociado el pago con el consumidor de dicha comisión de apertura y la asunción voluntaria por éste del importe correspondiente a servicios de obligatorio cumplimiento y asunción por la entidad bancaria ni se puede presumir, y no parece el campo más propicio para acudir a la prueba de presunciones del artículo 386 LEC, que el consumidor hubiera asumido el pago de la comisión de apertura por el estudio y tramitación del préstamo, como un pago adicional además de los intereses remuneratorios. Por otro lado, no hay base para entender que la comisión fijada sea proporcional en relación a los servicios prestados. Es un hecho notorio que las comisiones de apertura varían de una entidad de crédito a otra, que incluso hay entidades de crédito que no las cobraban, que a veces se fijaba una cantidad mínima para los préstamos de menor cuantía, que unas veces es un porcentaje sobre el capital y otros una cantidad fija. También es notorio que los gastos de estudio y tramitación son semejantes para un préstamo de mayor o menor cuantía, pues todos ellos tienen la garantía hipotecaria como principal garantía a favor de la entidad de crédito para la devolución del capital. En este concreto caso la comisión de apertura fijada en la escritura no puede afirmarse que sea proporcional, pues se fija un porcentaje del 1 % sobre el capital prestado y, a la vez, se fija un mínimo de 300 € para el caso de que dicho porcentaje fuese inferior a dicha cantidad. Es evidente que esta cantidad mínima fijada por la propia parte prestamista refleja el coste que dichos servicios tienen para la citada entidad de crédito, pero en modo alguno justifican porqué tales

costes, que como se ha dicho e incluso así se desprende del informe acompañado como documento nº 3 de la contestación, son fijos para todos los préstamos, varían en función del capital prestado. La falta de proporcionalidad es evidente dado que se fija un importe mínimo y no se justifica porqué se incrementa dicho importe en función del capital prestado y no de los servicios prestados.

28.- 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 párrafos 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.

29.- Desestimado este motivo, no procede examinar el pronunciamiento sobre las costas dado que el mismo estaba condicionado en el recurso a la estimación de la validez de la comisión de apertura, sin que proceda modificar dicho pronunciamiento al haberse estimado íntegramente la demanda y proceder la aplicación del principio de vencimiento objetivo establecido en el artículo 394.1 LEC.

Tercero: Costas de esta alzada.

30.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Cajamar Caja Rural SCC contra la sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED] debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena en costas a la parte apelante

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que, contra la misma, cabe recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.