



Roj: **STS 2619/2025 - ECLI:ES:TS:2025:2619**

Id Cendoj: **28079110012025100869**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2025**

Nº de Recurso: **3669/2020**

Nº de Resolución: **965/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Eivissa, núm. 2, 30-04-2019 (proc. 753/2018),
SAP IB 769/2020,
STS 2619/2025**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 965/2025

Fecha de sentencia: 17/06/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3669/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Fecha de Votación y Fallo: 11/06/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACV

Nota:

CASACIÓN núm.: 3669/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 965/2025

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Manuel Almenar Belenguer

En Madrid, a 17 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 238/2020, de 6 de mayo, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el rollo de apelación 868/2019, derivado de los autos de juicio ordinario 753/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, sobre condiciones generales de contratación. Es parte recurrente D.ª Marisa, representada por el procurador D. Gabriel Tomás Gili y bajo la dirección letrada de D. Norberto José Martínez Blanco, y parte recurrida Banco de Sabadell, S.A., representado por la procuradora D.ª Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Sanvicente Ibiricu.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Gabriel Tomás Gili, en nombre y representación de D.ª Marisa, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, contra Banco Sabadell S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

»1.- Se declare la nulidad de la cláusula relativa a los gastos de formalización contenida en el contrato de préstamo de fecha 26 de noviembre de 2004 formalizado ante el Notario Don Javier González Granado, bajo número de protocolo 1.209, suscrito entre la parte actora y la entidad demandada, en los que se imponen a la parte prestataria los gastos de formalización del préstamo hipotecario, con los efectos, según la jurisprudencia imperante, de condena a la entidad financiera al pago de lo abonado por NOTARIA, REGISTRO, Y GESTORÍA, exceptuando aquellos conceptos en dichos abonos que debieran ser soportados legalmente por la parte prestataria, como consecuencia inherente de la declaración de nulidad derivada del artículo 1.303 del Código Civil, con abono de los intereses legales.

»1.2.- Y subsidiariamente, para el improbable caso de que no se estime la anterior solicitud de nulidad total de la cláusulas citada se declare la nulidad parcial de la misma en cuanto a los apartados relativos a NOTARIA, REGISTRO, Y GESTORÍA, exceptuando aquellos conceptos que debieran ser soportados legalmente por la parte prestataria, con los efectos, según la jurisprudencia imperante, de condena a la entidad financiera al pago de lo abonado por dichos conceptos declarados nulos, como consecuencia inherente de la declaración de nulidad derivada del artículo 1.303 del Código Civil, con abono de los intereses legales.

»2.- Se declare la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura contenida en el contrato de préstamo de fecha 26 de noviembre de 2004 formalizado ante el Notario Don Javier González Granado y bajo número de protocolo 1.209, suscrito entre la parte actora y la entidad demandada, con los efectos de condena a la devolución de las cantidades abonadas por la aplicación de dicha cláusula como consecuencia inherente de la declaración de nulidad, con abono de los intereses legales.

»3.- Se declare la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora del 25% contenida en el contrato de préstamo de fecha 26 de noviembre de 2004 formalizado ante el Notario Don Javier González Granado, bajo número de protocolo 1.209.

»4.- Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada.».

2.- La demanda fue presentada el 6 de junio de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, se registró como procedimiento ordinario núm. 753/2018. Admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José López López, en representación de Banco Sabadell S.A., se personó y contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza dictó sentencia 201/2019, de 30 de abril, cuya parte dispositiva es como sigue:

«[...] Desestimando como desestimo la cuestión de prejudicialidad civil alegado [sic] por la parte actora en el acto de la Audiencia Previa.

Estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Marisa frente a BANCO DE SABADELL S.A. debo declarar y declaro la nulidad por abusivas de las cláusula que impone todos los gastos al prestatario y a la cláusula del interés de demora [sic] que se tendrán por no puestas, condenando a la entidad demandada a la devolución del 50% de los gastos notariales y los gastos registrales y al 100% de los gastos del Registro

de la Propiedad al actor, desestimando la solicitud de los gastos de comisión de apertura que serán de cuenta del prestatario más los intereses legales.

Las costas procesales al ser la estimación parcial, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de D.^a Marisa que, en el mismo escrito, solicitó la suspensión del procedimiento, al amparo del art. 43 LEC, por la pendencia de una cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca ante el TJUE. La representación procesal de Banco Sabadell S. A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que incoó el recurso de apelación núm. 868/2019, en el que, por auto de fecha 17 de julio de 2019, se acordó no haber lugar a la suspensión del curso de los autos solicitada por la recurrente.

3.- Previos los trámites legalmente establecidos, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincia de Palma de Mallorca dictó sentencia 238/2020, de 6 de mayo, cuya parte dispositiva, literalmente copiada, dice:

«DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales D. GABRIEL TOMÁS GILI, en nombre y representación de D.^a Marisa , contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de IBIZA, en el procedimiento de Juicio Ordinario nº 753/2018, de que dimana el presente Rollo de Sala, y en consecuencia, confirmamos dicha resolución con condena en costas en esta alzada a la parte recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir.»

4.- La representación procesal de D.^a Marisa , solicitó subsanación y complemento de la sentencia. Por Auto de fecha 16 de junio de 2020, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial, resolvió:

«1.- NO HA LUGAR a la subsanación y complemento de la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2020, solicitada por el Procurador D. Gabriel Tomas Gili, en representación de D.^a Marisa .

2.- Mantener y no variar el texto de la referida resolución.»

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Gabriel Tomás Gili, en representación de D.^a Marisa , interpuso recurso de casación, que se fundamenta en los siguientes motivos:

«MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.2 de la LEC, por infracción del artículo 1.303 del Código Civil, con relación al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto a los efectos restitutorios derivados de la nulidad declarada por abusividad de condiciones generales de la contratación, y con relación al artículo 9.3 de la Constitución Española al concurrir interés casacional.

«MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.2 de la LEC, por evidente interés casacional, en relación con el artículo 3 de la Directiva 93/13 así como la jurisprudencia del TJUE, y en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no transpuesto a la Normativa interna (Ley 7/1998 de 13 de Abril) en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva. Del mismo modo, presenta interés casacional por infracción de los artículos 80 y 87.5 del RDLGDCyU en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula impositiva de una COMISIÓN DE APERTURA, y con relación al artículo 9.3 de la Constitución Española al concurrir interés casacional.

«MOTIVO TERCERO.- Al amparo del artículo 477.2 de la LEC, por infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/ CEE con relación al artículo 394 y 397 de la LEC en cuanto a la condena en costas derivada en un procedimiento donde se han declarado nulas por abusivas condiciones generales de la contratación, y con relación al artículo 9.3 de la Constitución Española al concurrir interés casacional.»

2.- La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

3.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, esta Sala dictó auto de 8 de noviembre de 2023, por el que se admitió el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

4.- Previo el oportuno traslado, por la representación procesal de Banco de Sabadell, S.A., se presentó escrito de oposición.

5.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día, en que ha tenido lugar con el resultado que seguidamente se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Son antecedentes fácticos de interés, no cuestionados por las partes o declarados probados en la instancia, los siguientes:

i) Mediante escritura otorgada en fecha 26 de noviembre de 2004, la Caja de Ahorros del Mediterráneo (después Liberbank S.A., y hoy Banco de Sabadell S.A.) concedió a D.^a Marisa y D. Javier un préstamo por importe de 240.000 €, a interés variable, con un plazo de duración de veinticinco años, en garantía del cual se constituyó a favor de la entidad bancaria una hipoteca sobre una finca propiedad de la prestataria.

ii) En la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria se contenían, entre otras, las siguientes cláusulas:

« CUARTA.- COMISIONES.

»Serán de cargo de la parte prestataria en favor de la Caja las siguientes comisiones:

- **Apertura de UNO POR CIENTO** sobre el principal prestado, y pagadero de una sola vez en el momento de realizar la disposición del capital, con un mínimo de **SEISCIENTOS UN EUROS CON UN CÉNTIMO DE EURO (601,01 €)**.

- **Amortización anticipada [...]**

- **Modificación de condiciones [...]**

- **Por reclamación de recibos de préstamo vencidos [...]**

- **Por subrogación [...]**

» QUINTA.- GASTOS.

»Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos derivados de esta escritura, todos los que graven la finca o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y tributos ocasionados por esta escritura, hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso los que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario [...]. Igualmente, será de cuenta de los deudores los gastos de cancelación de la hipoteca y todos cuantos se produzcan a la Caja si para con seguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizare, aun cuando no fuere preceptiva su intervención [...].

» SEXTA.- INTERESES DE DEMORA.

»Sin perjuicio de lo establecido en la estipulación SEXTA BIS, las cantidades, ya lo sea por intereses en el período de carencia, o lo sea por cuotas comprensivas de capital e intereses en el período de reintegro, que no sean satisfechas por el prestatario a su vencimiento, devengarán desde dicho vencimiento en favor de la Caja el interés de demora del **V EINTICINCO ENTEROS POR CIENTO**, sin necesidad de requerimiento alguno [...].»

iii) En aplicación de las referidas cláusulas, la prestataria abonó las cantidades de 2.400,00 € en concepto de comisión de apertura y de 847,37 € por los gastos (456,56 € por derechos notariales, 220,81 € por inscripción en el Registro y 170,00 € por servicios de gestoría).

(iv) Mediante escrito remitido por correo certificado entregado el 5 de julio de 2017, la prestataria, en su condición de titular del contrato de préstamo que se identificaba y tras afirmar la nulidad por abusiva de cláusula por la que se le obligaba al pago de todos los gastos relacionados con la formalización de la operación, solicitó (i) la remisión de copia de la documentación de la operación de préstamo, incluida la escritura, novaciones, modificaciones de interés, cuadro de amortización de las cuotas, oferta vinculante y documentación precontractual, así como copia de las facturas correspondientes a los gastos de tasación del inmueble, aranceles notariales y registrales, impuesto de Actos Jurídicos Documentados, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad, y gastos que se hubieran devengado por la prestación de servicios de gestoría; y (ii) la devolución de las cantidades abonadas como resultado de la aplicación de la cláusula de gastos a cargo de la prestataria por los conceptos anteriormente mencionados, con sus intereses correspondientes.

v) Por escrito recibido en fecha 19 de septiembre de 2017, la entidad crediticia se avino a la entrega de la documentación y rechazó tanto la nulidad de la cláusula como la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la misma.

2.- Con fecha 6 de junio de 2018, D.^a Marisa presentó demanda contra el Banco de Sabadell S.A., en la que ejercitaba una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, en relación con las cláusulas cuarta, de comisión de apertura, quinta, sobre gastos a cargo del prestatario, y sexta, de intereses de demora, incorporadas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada entre las partes el 26 de noviembre de 2004, y en la que interesaba que se declarase la nulidad por abusivas de dichas cláusulas y se condenara a la demandada a abonar las cantidades indebidamente satisfechas en su aplicación de las mismas, con los intereses legales e imposición de costas.

3.- La demandada Banco de Sabadell S.A. se opuso a la demanda y solicitó su desestimación, con imposición de costas.

4.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad por abusivas de las cláusulas de gastos y de intereses de demora, y condenó a la demandada a pagar a la actora el 50% de los gastos notariales y de gestoría y el 100% de los gastos del Registro de la Propiedad, más el interés legal desde las fechas de los respectivos pagos.

La sentencia, en lo que ahora interesa, tras descartar la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil ante el TJUE, asunto C-179/17, que había solicitado la actora en la audiencia previa, declara la nulidad de las dos referidas cláusulas al apreciar su carácter abusivo y establece los efectos de tal declaración, de conformidad con la jurisprudencia vigente en aquella fecha, fijada en las sentencias 44/2019 y 47/2019, ambas de 23 de enero (cláusula de gastos) y en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre (cláusula de intereses de demora). No consta razonamiento respecto a la desestimación de la nulidad de la cláusula que impone la comisión de apertura. En cuanto a las costas, resuelve no hacer pronunciamiento expreso al tratarse de una estimación parcial.

5.- La parte demandante formuló recurso de apelación, en el que, además de insistir en la petición de suspensión del procedimiento, en esta ocasión mientras se tramita y resuelve la cuestión prejudicial C-224/19, planteada por el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca, insiste en (i) la restitución del total importe de los gastos de gestoría y notaria, en aplicación del art. 1303 CC y del principio de no vinculación de las cláusulas abusivas ex art. 6 Directiva 93/13/CEE; y (ii) la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que impone una comisión de apertura a la parte prestataria, con reintegro de la cantidad satisfecha en tal concepto. Asimismo, solicita la imposición a la demandada de costas procesales de primera instancia.

La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia recurrida. Comienza por negar la suspensión del procedimiento, al considerar que no concurren los requisitos exigidos, y, en cuanto al fondo, repasa la doctrina fijada por la jurisprudencia en las sentencias de Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, con arreglo a la cual concluye: (i) respecto del impuesto de actos jurídicos documentados (en lo sucesivo, IAJD), que grava la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo, y, por tanto, obligado al pago, es el prestatario, según se razona en la sentencia 148/2018, de 15 de marzo, que recoge el criterio tradicionalmente mantenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y refrendado en las sentencias de Pleno de dicha Sala 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, todas de 27 de noviembre; y (ii) en cuanto a la petición de nulidad de la comisión de apertura, se rechaza porque dicha comisión «remunera a la entidad bancaria los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente (la aquí demandante) de los fondos prestados», de modo que no cabe hablar de abusividad. La sentencia no se pronuncia sobre las costas procesales de primera instancia.

6.- La demandante D.^a Marisa interpone recurso de casación, que articula sobre tres motivos, en los que reitera las peticiones formuladas en la instancia con relación al íntegro reintegro de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula de gastos, la nulidad de la comisión de apertura, y la condena de la demandada al pago de las costas de primera instancia.

Con carácter previo, la recurrente instaba nuevamente la suspensión del procedimiento hasta que se resolviese la cuestión prejudicial que dio lugar al asunto C-224/19, si bien la petición quedó sin contenido porque, apenas un mes después, en sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) en fecha 16 de julio de 2020 se dio respuesta a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, que habían dado lugar a los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, en los términos ya conocidos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Motivo primero.*

1.- Formulación del motivo. Al amparo del art. 477.2.3º LEC, la recurrente denuncia la infracción del art. 1303 CC, en relación con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en cuanto a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusividad de condiciones generales de la contratación, y con el art. 9.3 CE, respecto al principio de seguridad jurídica.

En el desarrollo del motivo, alega que el efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13, plenamente reconducible al art. 1303 CC, exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, en estricta aplicación del sentido de los citados preceptos, en relación con los arts. 1158 y 1295 CC, nos encontraríamos ante una situación asimilable, bien a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor, bien a la del pago indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, al ahorrarse el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

En consecuencia, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (arts. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar la entidad financiera los gastos de formalización abonados por la parte prestataria que han sido acreditados en autos, es decir, gastos íntegros de notaría, registro, gestoría, impuesto de actos jurídicos documentados y tasación.

2.- Decisión de la sala. El motivo debe ser parcialmente estimado por las razones que a continuación se exponen.

Como se acaba de exponer, no se discute en casación el carácter abusivo, y, por tanto, la procedencia de la declaración de nulidad, de la cláusula quinta, sobre gastos a cargo del prestatario, contenida en la escritura pública formalizada entre las partes el 26 de noviembre de 2004, sino los efectos restitutorios derivados de tal declaración, y, más concretamente, en lo que se refiere a la distribución de los gastos de notaría y de gestoría y del IAJD, abonados por la actora.

El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas (principio de no vinculación de las cláusulas abusivas).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C- 40/08 , apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C- 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto (principio de equivalencia).

En lo que se refiere en particular a la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios, ya advertimos en la sentencia de Pleno 705/2015, de 23 de diciembre (posteriormente reproducida por otras muchas), que la atribución indiscriminada del pago de todos los gastos al consumidor, incluso con contravención de normas legales con previsiones contrarias al respecto, resultaba abusiva.

A su vez, la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) declaró que:

«[e]l artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.».

La jurisprudencia de esta sala estableció los criterios que debían regir para la distribución de gastos e impuestos derivados de la celebración de los préstamos hipotecarios con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en las sentencias de

Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero; con matizaciones posteriores respecto de los gastos de gestoría (sentencia 555/2020, de 26 de octubre) y de tasación (sentencia de Pleno 35/2021, de 27 de enero).

3.- Como declaramos en la sentencia 457/2020, de 24 de julio esta doctrina jurisprudencial de la Sala fue confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Las consecuencias prácticas de la citada jurisprudencia, respecto de la distribución de gastos e impuestos entre las partes, fueron las siguientes:

(i) Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, las sentencias de Pleno 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, y 48/2019, de 23 de enero, establecieron que, por Ley, el sujeto pasivo del impuesto respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, con anterioridad a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario, era el prestatario.

Las sentencias 727/2021, de 26 de octubre de 2021, y 434/2022 de 30 de mayo de 2022 examinaron las consecuencias de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios pactada en un préstamo hipotecario sobre la cuota del IAJD, concluyendo que, en el marco de un proceso civil de restitución de prestaciones tras la nulidad de un contrato, no procede que la entidad prestamista reintegre al prestatario la diferencia entre lo abonado por este por razón del IAJD y lo que habría abonado de no haberse incluido en la base imponible los intereses moratorios.

(ii) Los gastos de notaría, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre), deben ser abonados por los interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

(iii) En lo que se refiere a los gastos del Registro de la Propiedad, el Arancel de los Registradores de la Propiedad atribuye el gasto a quien a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, será a éste al que corresponda el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Mientras que como la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, a él le corresponde este gasto.

(iv) Respecto de los gastos de gestoría, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista.

(v) Por último, en lo que respecta a los gastos de tasación, la legislación anterior a la Ley 5/2019 tampoco contenía previsión al respecto, por lo que, también en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de Pleno 35/2021, de 27 de enero, estableció que su pago correspondía al prestamista.

5.- Esta doctrina se ha reiterado con posterioridad en múltiples ocasiones, de las que son ejemplo, entre otras, las sentencias 1048/2024, de 22 de julio, 321/2024, de 5 de marzo, 993/2023, de 20 de junio, 899/2023, de junio, y 826/2023, de 29 de mayo.

6.- La sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, se atiene a la doctrina jurisprudencial expuesta sobre la distribución de los gastos e impuestos entre las partes en lo que se refiere a los notariales (al 50%) y registrales (100% a cargo de la entidad financiera), así como al IAJD (100% de cuenta del prestatario), pero no sucede lo mismo respecto de los gastos derivados de los servicios de gestoría, que reparte por mitad entre prestamista y prestatario, cuando lo cierto es que, como dijimos en la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, y hemos mantenido pacíficamente hasta la fecha, deben asumirse íntegramente por la entidad prestamista.

TERCERO.- Recurso de casación. Motivo segundo. Comisión de apertura. Planteamiento.

1.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC, se afirma que la sentencia infringe los arts. 3 y 4.2 (inaplicable por no traspuesto) de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE, así como los arts. 80 y 87.5 TRLGDCU, al no declarar la nulidad de la cláusula que impone una comisión de apertura, pese a su carácter abusivo.

2.- En síntesis, después de expresar su discrepancia con el planteamiento y decisión sobre la validez de la comisión de apertura realizado por esta sala en la sentencia 44/2019, de 23 de enero, que tacha de

descabellado, sostiene que (i) el art. 4.2 de la Directiva, en tanto que no traspuesto, no ha de ser aplicado, por lo que, con independencia de que forme parte del precio, la cláusula ha de ser analizada desde la perspectiva del control del art. 3.1, incluso en los supuestos que cumpla con las exigencias de transparencia formal; (ii) la exigencia de transparencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de las cláusulas contractuales en un aspecto formal y gramatical, sino que incluye la forma en que se aplica y la afección económica que supondrá, esto es, el contrato debe exponer de forma clara y comprensible no solo el importe, sino también su funcionamiento, su relación con el resto del contrato y con el precio, y el concreto servicio que está siendo abonado; (iii) en el supuesto enjuiciado no se cumplen tales exigencias, de forma que la cláusula ocasiona un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, lo que determina su nulidad por abusiva, con los efectos previstos en el art. 1303 CC.

CUARTO.- *Decisión de la Sala sobre el segundo motivo de casación. Normativa aplicable a la comisión de apertura.*

1.- Es sabido que, en la normativa aplicable en materia de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias.

Así, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 del Anexo II, no solo definió la comisión de apertura, sino que precisó su relación con otras posibles comisiones, en los siguientes términos:

«4. Comisiones.

«1. Comisión de apertura.- 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, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará "comisión de apertura" y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

»2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la "comisión de apertura", sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

»c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

Y el apartado 1 bis b) de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, introducido por la Circular 5/1994, de 22 de julio, a raíz de la meritada Orden, indicó que, no obstante lo establecido en el apartado 1 (conforme al cual las comisiones y gastos repercutidos debían responder a servicios efectivamente prestados), en los préstamos hipotecarios sobre viviendas,

«la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.»

3.- En términos sustancialmente idénticos, el art. 5 de la Ley 2/2009, mantiene este tratamiento diferenciado y, tras señalar en el apartado 1 que las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, añade en el apartado 2 (vigente hasta su modificación con ocasión de la aprobación de la Ley 5/2019):

«2. No obstante lo establecido en el apartado anterior:

»[...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará 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...»

4.- Actualmente, el régimen legal se recoge en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo art. 14, relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, dispone en sus apartados 3 y 4:

«3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.

»4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.»

5.- Nótese que, con ocasión de la tramitación parlamentaria de la citada Ley 5/2019, se rechazaron dos enmiendas, la primera proponía que los actos de preparación del préstamo no pudieran devengar coste ni gasto alguno para el consumidor, sin que el prestamista pudiera aplicar cantidad ni coste alguno en concepto de comisión de apertura, estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista en relación con la concesión del préstamo; y la segunda planteaba la prohibición expresa del cobro al deudor de cualquier cantidad en concepto de comisión de apertura.

6.- En otras palabras, la comisión de apertura, con la regulación, contenido y límites expuestos, aparece expresamente contemplada en nuestro ordenamiento interno desde 1994, sin que las propuestas encaminadas a su eliminación, sobre la base de que responde a una actuación inherente a la actividad de la entidad financiera prestamista, hayan sido acogidas.

Además de que en el nuevo régimen legal subsiste el tratamiento diferenciado de la comisión de apertura respecto de las demás comisiones aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, hay que destacar que esta comisión de apertura responde a gastos «inherentes» a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, por lo que no incluye ningún otro tipo de gastos que no resulten inherentes a esa concesión.

QUINTO.- *Jurisprudencia inicial, nacional y comunitaria, sobre la comisión de apertura (o conceptos afines denominados de otra forma en otros derechos nacionales).*

1.- Esta sala se pronunció por primera vez sobre el control de abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios en la sentencia del pleno 44/2019, de 23 de enero. En esa sentencia, tomamos en consideración el tratamiento legal diferenciado entre la comisión de apertura y el resto de comisiones bancarias para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideramos que esta comisión (que retribuye las actividades de estudio, de concesión, o de tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Declaramos, igualmente, que no estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios.

La mencionada sentencia 44/2019, partiendo de las anteriores premisas, concluyó que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de estas actuaciones (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo», por utilizar los términos de la normativa bancaria sobre transparencia antes transcrita. Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.

En cuanto a la transparencia de la comisión de apertura (esto es, que la cláusula en que se establece sea clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE), la mencionada sentencia de pleno afirmó que la normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

En ningún momento afirmamos que la cláusula que establece la comisión de apertura superaba «automáticamente» el control de transparencia. Por el contrario, lo que declaró la mencionada sentencia 44/2019, de 23 de enero, es que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia» (así se encabezaba significativamente el fundamento jurídico tercero, en que se resolvía sobre la abusividad de la cláusula) y que «el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia».

2.- Con posterioridad, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, llevó a matizar aquella jurisprudencia, al argumentar sobre la base de la interpretación restrictiva del término " *objeto principal del contrato*", al que se refiere el art. 4.2 de la Directiva 93/13, concepto en el que no se encuentra comprendida la comisión de apertura. El Tribunal de Justicia insistió en la exigencia de que el control de incorporación, en todo caso, debía asegurar el conocimiento por el consumidor de las consecuencias económicas de la estipulación cuestionada y de los " *motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión*". En particular, la sentencia precisa que:

«63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada).

«64 No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

«65 Además, del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada).

«66 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

«67 Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43).

«68 El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

»69 De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado.».

3.- Previamente, en relación con una comisión similar (comisión de desembolso), la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto C-621/17 (Gyula Kiss/CIB Bank y otros), ya había declarado:

»38 En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal preveía gastos de gestión a un tipo anual del 2,4 % durante un período de 240 meses, gastos que se calculaban, durante el primer período anual, sobre la totalidad del préstamo y, durante los períodos siguientes, sobre el importe adeudado el primer día del período anual considerado. Además, en virtud del contrato, el demandante se obligaba a pagar 40 000 HUF en concepto de comisión de desembolso .

»39 Por lo tanto, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas. [...]

»45 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes. [...]

»54 A este respecto, según se ha recordado en el apartado 43 de la presente sentencia, el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

»55 En cuanto a si las cláusulas controvertidas en el litigio principal, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, debe considerarse, como se desprende de la resolución de remisión, que la percepción de gastos de gestión y de una comisión de desembolso está prevista en el Derecho interno. A menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta, además, el efecto de las demás cláusulas contractuales para determinar si dichas cláusulas causan un desequilibrio importante en detrimento del prestatario.».

Y en el apartado 56, el TJ concluyó que el art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

4.- Este criterio fue reiterado por la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (Profi Credit Polska):

« 75 Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17 , EU:C:2019:820 , apartado 43).».

SEXTO.- La STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21).

1.- Más recientemente, al constatar la existencia de distintas y contradictorias interpretaciones sobre los requisitos que debe cumplir la comisión de apertura en las distintas Audiencias, esta sala consideró necesario clarificar la cuestión y, mediante auto de 10 de septiembre de 2021, elevó una nueva petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), cuyos pronunciamientos resumimos seguidamente.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia descarta que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato, al optar por un concepto estricto de lo que debe entenderse por «elemento esencial» en el contrato de préstamo, desde el punto de vista del prestatario, y considerar únicamente como tal el interés remuneratorio. Al no tratarse de un elemento esencial, puede ser objeto de control de contenido (abusividad), aunque sea transparente.

2.- A continuación, el TJUE especifica cuáles eran 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 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.- La mencionada sentencia del Tribunal de Justicia ofrece diversos parámetros para comprobar la concurrencia de tales elementos:

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). Como quiera que, en la fecha en que se celebró el contrato, los servicios que motivaron el cobro de la comisión de apertura estaban previstos expresamente en la normativa aplicable, en cuanto que asociados por razones económicas y jurídicas al análisis, concesión y celebración del préstamo o crédito, no cabe exigir una prueba específica de su concreta prestación, puesto que esto ha sido descartado expresamente por el TJUE, sino que bastará con que en el contrato quede claro que la comisión es inherente a la concesión del préstamo, que es única y engloba todos los servicios de estudio, concesión y tramitación, y que es distinta de las restantes comisiones posibles.

ii) En concordancia con el control de transparencia que se realiza respecto de otras cláusulas contractuales, conforme a la propia jurisprudencia del TJUE, ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer preceptivamente conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida sobre esa modalidad contractual (apartados 42 y 43). Más específicamente, el apartado 35 precisa:

«[i]ncumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C 143/13, EU:C:2015:127, apartado 77) y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato».

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

4.- A su vez, a efectos de analizar el carácter abusivo de la condición general de la contratación, el Tribunal de Justicia considera:

i) Respecto de la buena fe, 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) Por lo que concierne al 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.- En suma, el Tribunal de Justicia parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, sin perjuicio de que el tribunal nacional competente pueda 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.

Concretamente, la sentencia da respuesta a las cuestiones segunda y tercera en los siguientes términos:

«2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, 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.

»3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.»

SÉPTIMO.- La recepción por la Sala de la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21): la sentencia 816/2023, de 29 de mayo

1.- Evacuada la respuesta a la cuestión prejudicial, esta sala dictó la sentencia 816/2023, de 29 de mayo, en la que comenzamos advirtiendo que (i) no cabía una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme la prueba practicada; y, (ii) desde la perspectiva casacional, lo único que procede es examinar si la sentencia recurrida aplica los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia para realizar los controles de transparencia y de abusividad de la cláusula en la que se recoge la comisión de apertura.

Acto seguido, recordábamos que los requisitos de transparencia que exigía la normativa bancaria en materia de transparencia que regía en la fecha del contrato con relación a la comisión de apertura (apartado 4.1 del Anexo II de la Orden de 4 de mayo de 1994, sobre transparencia de los préstamos hipotecarios), eran los siguientes:

«(i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.»

De ahí que entendiéramos que debía examinarse si había solapamiento de comisiones por el mismo concepto, de tal manera que por el estudio y concesión del préstamo se cobraran distintas cantidades.

Y, en cuanto a la constancia para el consumidor, expresamos la necesidad de que los consumidores tuvieran conocimiento previo al contrato de la existencia e importe de la comisión de apertura (información precontractual), y de que la comisión de apertura debía figurar claramente en la escritura, en unos términos claros y comprensibles, de los que se desprendiera que consistía en un pago único e inicial y se supiera fácilmente cuál era el coste económico.

Finalmente, por lo que se refiere al requisito de proporcionalidad del importe, apuntábamos:

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

OCTAVO.- Las dos sentencias del TJUE de 30 de abril de 2025 (asuntos C-699/23 y C-39/24).

1.- Tras dictarse por la sala la mencionada sentencia 816/2023, de 29 de mayo, dos juzgados de primera instancia, de San Sebastián y Ceuta, presentaron sendas peticiones de decisión prejudicial al TJUE, en la que cuestionaban la jurisprudencia expuesta y que dieron lugar a dos sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de la misma fecha, 30 de abril de 2025, dictadas en los asuntos C-699/23 (San Sebastián) y C-39/24, BBVA (Ceuta).

2.- Por lo que se refiere al asunto C-699/23 (contrato de préstamo hipotecario de 168.200 euros y comisión de apertura del 0,35% -588,70 €, abonados por la parte prestataria en el momento de la firma del contrato), el Tribunal de Justicia JUE destaca que lo esencial para que el consumidor tenga elementos suficientes para conocer el contenido y el funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo, es que disponga, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, sin que ello implique que la entidad bancaria esté obligada a detallar con precisión la naturaleza de todos los servicios prestados como contrapartida de la comisión de apertura ni el volumen horario dedicado a la prestación de cada uno de esos servicios, ya que estos elementos no influyen en el importe total de la retribución que debe pagarse en relación con dicha comisión ni en la facultad del consumidor de comprender los motivos que justifican esa retribución.

Asimismo, considera el TJUE que la entidad bancaria no está obligada a proporcionar al consumidor facturas que detallen la naturaleza de los servicios proporcionados, siempre que el juez nacional pueda controlar la realidad de esos servicios. En concreto destaca que ello no facilitaría la comprensión del consumidor antes de la celebración del contrato, puesto que el pago de la comisión de apertura se realiza de una sola vez, en el momento de la concesión del préstamo, mientras que la facturación se produce después de la firma de dicho contrato.

A este respecto, en los apartados 44 y 45 se razona:

«44 En el caso de autos, ha de observarse que la cláusula que impone a prestatario una comisión de apertura de 435 euros, que corresponde al 0,25% del importe del préstamo concedido, se define por la normativa nacional como la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación de un préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares. La exigencia de transparencia, que tiene por objeto principal garantizar que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal, no implica que la entidad bancaria esté obligada a detallar con precisión la naturaleza de los servicios prestados como contrapartida de la comisión de apertura, como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 38 de la presente sentencia, ni el volumen horario dedicado a la prestación de cada uno de esos servicios, siempre que la cláusula en cuestión respete el marco legislativo nacional.

»45 Procede precisar igualmente, para ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, que de la Directiva 93/13 tampoco se desprende que la entidad bancaria esté obligada a proporcionar al consumidor facturas que detallen la naturaleza de los servicios proporcionados, siempre que el juez nacional pueda controlar la realidad de esos servicios. En efecto, tal obligación no puede, por definición, facilitar la comprensión del consumidor antes de la celebración del contrato, puesto que el pago de la comisión de apertura se realiza de una sola vez, en el momento que la facturación se produce después de la firma de dicho contrato.»

Del inciso final de este último apartado 45 se desprende que es condición esencial de validez de la cláusula que impone una comisión de apertura al consumidor en un préstamo hipotecario su transparencia sustancial, a valorar por el juez nacional con arreglo a un criterio de totalidad sistemática, como se recoge en el siguiente apartado de la sentencia:

«46 Es preciso recordar que la apreciación del carácter «claro y comprensible», en el sentido del artículo 5 de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal debe ser efectuada por el juez nacional a la luz de todos los elementos de hecho pertinentes y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato. En el marco de esta apreciación, debe tomarse en consideración, en particular, la información que la entidad haya facilitado al prestatario en las diferentes etapas previas a la forma del contrato de préstamo, incluida la información que la entidad bancaria está obligada a facilitar con arreglo a la normativa nacional. [...] Así pues, en principio, el carácter abusivo de una cláusula contractual específica no puede presumirse, puesto que su calificación como tal puede depender de las circunstancias concretas de la celebración de cada contrato, incluida la información específica facilitada por cada profesional a cada consumidor, y de la realidad de los servicios prestados.»

Afirma la sentencia, además, que la expresión del coste de dicha comisión en forma de un porcentaje de ese importe no puede, por sí sola, determinar la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos

y obligaciones de las partes que se derivan del contrato si bien incumbe en todo caso al juez competente cerciorarse de que se respetan las exigencias de la buena fe y de que la citada cláusula no causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, comprobando, en particular, que, conforme a la normativa nacional, los gastos repercutidos al consumidor correspondan a servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria que originaron costes soportados por esta.

Con esta base jurídica, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión planteada descartando que la jurisprudencia nacional, en la interpretación de los requisitos exigidos en orden a valorar la abusividad de la comisión de apertura, se oponga a los arts. 3 a 5 de la Directiva 93/13:

«1) El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura de un préstamo hipotecario 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 impone tal comisión al consumidor satisface la exigencia de transparencia derivada del citado artículo 5, sin que dicha cláusula especifique detalladamente todos los servicios prestados a cambio de esa comisión al comunicarse el tipo de interés propuesto ni indique una tarifa horaria y sin que la entidad bancaria facilite al consumidor facturas detalladas en las que figure el desglose de esos servicios y los impuestos correspondientes, siempre que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él, de comprender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos por la referida cláusula y de comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos por el contrato ni entre los servicios que dichos gastos retribuyen.

2) Los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el precio de los servicios cubiertos por una cláusula contractual que estipula una comisión de apertura, definida por la normativa nacional como la retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación de un préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, se exprese en forma de un porcentaje aplicado al importe del préstamo concedido, siempre que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que para él se deriven de esa cláusula, de comprender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos por dicha cláusula y de comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos por el contrato. En dicho supuesto, tal cláusula no debe crear, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

3) Los artículos 3 y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional, estipula el pago por el consumidor de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, la concesión y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y ello sin que el profesional esté obligado a detallar la naturaleza de los servicios remunerados por esa comisión ni el coste de cada uno de ellos, siempre que la posible existencia de tal desequilibrio pueda ser objeto de un control efectivo por el juez competente de acuerdo con los criterios que emanan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, comparando, si es necesario, el importe de una comisión de apertura impuesta a un prestatario y el coste medio de las comisiones de apertura identificadas en un período reciente».

3.- A su vez, en la segunda sentencia de la misma fecha, recaída en el asunto C-39/24, el Tribunal de Justicia reitera la misma argumentación y concluye con el siguiente fallo:

«El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que satisface la exigencia de transparencia una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional, estipula el pago por el consumidor de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación de un préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, que no contiene la descripción detallada de la naturaleza de esos servicios ni la indicación del tiempo dedicado a prestarlos, siempre que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él, de comprender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos por la referida cláusula y de comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos por el contrato o entre los servicios que dichos gastos retribuyen».

4.- Dicho de otra manera, en ambas sentencias de 30 de abril de 2023, el Tribunal de Justicia indica expresa y terminantemente que la jurisprudencia española (la que emana de esta sala) en materia de comisión de apertura es plenamente concorde con la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Por lo que damos por reproducido, a todos los efectos, lo expresado en la sentencia 816/2023, de 29 de mayo.

5.- Consideramos que la posterior sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de junio de 2025, C-280/24, no desvirtúa lo anterior por varias razones: (i) se refiere a un contrato de crédito al consumo y no a un contrato de préstamo hipotecario; (ii) analiza cláusulas relativas a la formalización del préstamo y gastos administrativos, de mayor amplitud que lo que en el derecho nacional se entiende por comisión de apertura; y (iii) de hecho, pese a ser la misma Sala del Tribunal (octava) y el mismo ponente (Sr. Rodin) quienes han dictado las dos sentencias de 30 de abril pasado y la de 5 de junio, esta última ni siquiera menciona las de 30 de abril.

NOVENO.- *La comisión de apertura controvertida. Aplicación de la doctrina jurisprudencial. Desestimación del motivo segundo.*

1.- En el supuesto litigioso, la comisión de apertura se recoge en la cláusula financiera quinta, apartado 1, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de noviembre de 2004, en los siguientes términos:

« **Apertura de UNO POR CIENTO** sobre el principal prestado, y pagadero de una sola vez en el momento de realizar la disposición del capital, con un mínimo de **SEISCIENTOS UN EUROS CON UN CÉNTIMO DE EURO (601,01 €)**.»

2.- A juicio de la sala, la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la normativa bancaria vigente en la fecha de celebración del préstamo (Orden de 5 de mayo de 1994), puesto que (i) la comisión comprende todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo; (ii) se trata de una comisión única, denominada expresamente como «apertura»; (iii) se devenga de una sola vez; y (iv) su importe, forma y fecha de liquidación aparecen identificados en la propia cláusula.

Además, en el fedatario hace constar en la escritura que, en la oferta vinculante entregada a los prestatarios, se advertía a los prestatarios de su derecho a examinar el proyecto de escritura, así como en las condiciones financieras contenidas en dicha oferta no existen discrepancias con las cláusulas financieras de la escritura, salvo en lo que se refiere a las causas de resolución anticipada, por lo que se informaba a la parte acreditada de su derecho a desistir, derecho que del que no usan.

3.- La comisión de apertura (transcrita literalmente, incluso en cuanto a su presentación y tipografía en los fundamentos de derecho primero y noveno) se contempla dentro de la cláusula cuarta, titulada «COMISIONES», en un apartado propio y separado de las demás comisiones, y su redacción es clara y comprensible, de forma que queda claro, para cualquier consumidor medio, a qué responde, es decir, la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre la citada base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, así como que consiste en un pago único, que se abona al tiempo de formalizar el contrato. A mayor abundamiento, el tipo o clase de comisión y la cantidad se destaca en letra negrita y mayúscula, lo que refuerza la atención del lector sobre su existencia y contenido.

Y respecto de la carga económica que conlleva, es igualmente comprensible en tanto se expresa la cuantía en un porcentaje del principal escrito en letra mayúscula y resaltada a lo que se añade que la parte prestataria supo de su cobro en la misma fecha, puesto que se le detrajo en la propia data de la cuenta corriente facilitada a tal fin.

4.- No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado (obsérvese que ninguna de las demás comisiones que se relacionan en la cláusula cuarta se refiere a estos conceptos, sino al reembolso anticipado, modificación de condiciones, reclamación de posiciones deudoras y subrogación por un tercero en la deuda pendiente).

5.- En cuanto al parámetro de proporcionalidad, teniendo en cuenta que, según las estadísticas del coste medio de las comisiones de apertura publicadas por el Banco de España, el porcentaje oscila entre el 0,25% y el 1,50%, con unos mínimos destinados a garantizar el pago de las gestiones o servicios orientados a valorar la procedencia de la operación, una comisión del 1% del principal se encuentra dentro de la horquilla media y no puede considerarse como desproporcionada, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Justicia, que no ha formulado reparos a ratios similares.

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

7.- La parte demandante alega que la entidad bancaria no informó al prestatario acerca de los servicios o gestiones a que respondía la comisión (apartados 73 y siguientes del recurso). Sin embargo, según se ha repetido, el concepto legal de la comisión de apertura ya especifica a qué servicios o actuaciones responde, de modo que el hecho de que no concreten en cada caso qué gestiones se han hecho carece de relevancia, siempre que, obviamente, no se pretenda a continuación cargar el coste de tales gestiones por cualquier otra vía.

DÉCIMO.- Recurso de casación. Motivo tercero. El pronunciamiento sobre las costas de primera instancia.

1.- *Formulación del motivo* . Finalmente, al amparo del art. 477.2 LEC, se denuncia la infracción del art. 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con los arts. 394 y 397 LEC, en cuanto a la condena en costas derivada en un procedimiento donde se han declarado nulas por abusivas determinadas condiciones generales incluidas en un contrato celebrado con un consumidor.

En esencia, la demandante, hoy recurrente, impugna la decisión de no imponer las costas de primera instancia, argumentando que no estamos ante una estimación parcial, sino sustancial, y que, en todo caso, tratándose de un contrato celebrado con un consumidor, los principios de efectividad del Derecho de la Unión y de no vinculación de las cláusulas abusivas, justifican la condena en costas de la demandada.

2.- *Decisión de la Sala*. El motivo ha de ser estimado, de conformidad con la jurisprudencia europea y nacional recaída sobre la materia.

En materia de costas, tratándose de acciones sobre nulidad de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la jurisprudencia ha señalado la necesidad de una interpretación del art. 394 LEC respetuosa con la primacía de los principios de no vinculación de las cláusulas abusivas y de efectividad del Derecho de la Unión sobre la normativa nacional. Así, la STS 419/2017, de 4 de julio, razonaba la inoponibilidad al consumidor del criterio de la existencia de serias dudas de derecho como presupuesto excluyente del principio del vencimiento, en aplicación de los principios de efectividad del Derecho de la Unión y no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, va más allá y declara que « el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. ».

Con fundamento en esta doctrina, la Sala venía interpretando, primero, que la existencia de serias dudas de hecho o de derecho no justificaban excepcionar el principio objetivo del vencimiento, y, segundo, que la estimación parcial de la acción resarcitoria acumulada a la acción de nulidad tampoco constituía óbice para la imposición de las costas al empresario/profesional, en aplicación del principio de efectividad (a título de ejemplo, las sentencias 472/2020, de 17 de septiembre, 510/2020, de 6 de octubre, y 35/2021, de 27 de enero).

La sentencia de Pleno 418/2023, de 28 de marzo, da un paso más allá y disipa cualquier duda que pudiera restar sobre la necesidad de extender esta doctrina no solo a los supuestos de estimación parcial de la acción resarcitoria acumulada a la de nulidad, sino, en general, a la no estimación de la nulidad de todas las cláusulas impugnadas, lo que se reitera en la sentencia 1305/2023, de 26 de septiembre, que proclama:

«Las exigencias previstas en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretados por nuestras sentencias, en especial la nº 35/2021, de 27 de enero, o la más reciente de pleno 418/2023 de 28 de marzo, conducen a que, estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, aunque no se estime la totalidad de las acciones de nulidad o se declaren nulas todas las cláusulas impugnadas, procede la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado, conforme con la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, CaixaBank y BBVA.

Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia de la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena a la entidad demandada al pago de tales costas procesales, siendo de aplicación necesaria en los recursos de apelación y casación el artículo 398.2 LEC, sentencias 18/2021 de 19 de enero y 653/2020 de 3 de diciembre .»

Con posterioridad, se pronuncian en los mismos términos, entre otras, las sentencias 43/2024, de 16 de enero, y 1123/2024, de 23 de septiembre, que recuerda que pacífica y extensa doctrina tiene declarado que, estimada

la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, multidivisa, vencimiento anticipado, e intereses moratorios, aunque no se estimen la totalidad de todas las cláusulas impugnadas en los términos inicialmente establecidos en la demanda, o la totalidad de las pretensiones restitutorias, procede la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado, conforme con la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, CaixaBank y BBVA.

Las consideraciones expuestas nos llevan a revocar la decisión de no imponer las costas de primera instancia, puesto que, si bien se desestima la pretensión de nulidad respecto de la cláusula que prevé la comisión de apertura y se reduce la cantidad reclamada a raíz de la nulidad de la cláusula de gastos al excluir los relativos al IAJD y conceder solo el 50% de los derechos notariales, lo cierto es que se estima la nulidad de la cláusula de gastos y se condena a la demandada a reintegrar al demandante las sumas indebidamente satisfechas por los conceptos de derechos notariales (50%), arancel registral y gastos de gestoría (100%), lo que nos sitúa en el supuesto examinado y resuelto por la jurisprudencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Costas y depósitos

1.- Al haberse estimado en parte el recurso de casación en lo que concierne al reembolso de la totalidad de los gastos de gestoría y la condena al pago de las costas de primera instancia, no procede hacer expresa imposición de las costas por él causadas, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- La estimación parcial del recurso de casación supone la modificación de la sentencia de apelación. De ahí que tampoco proceda hacer imposición de las costas de la segunda instancia, conforme al mismo art. 398.2 LEC.

3.- La estimación de la demanda, siquiera sea parcial, implica que deban imponerse a la entidad demandada las costas de la primera instancia, de acuerdo con la doctrina antes expuesta.

4.- Asimismo, debe ordenarse la devolución de los depósitos constituidos para la formulación de los recursos de apelación y de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D.ª Marisa , representada por el procurador D. Gabriel Tomás Gil, contra la sentencia 238/2020, de 6 de mayo, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el rollo de apelación núm. 868/2019, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D.ª Marisa , representada por el procurador D. Gabriel Tomás Gil, contra la sentencia 201/2019, de 30 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, en el juicio ordinario 753/2018, en el sentido de acordar que la demandada Banco de Sabadell S.A. deberá abonar a la demandante la totalidad de las cantidades satisfechas en concepto de gastos de gestoría, con más el interés legal desde la fecha del pago.

3.º- Imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.