

**SENTENCIA N° 31/2018**

**Ilmos. Sres:**

**D<sup>a</sup>. Ana del Ser López.- Presidenta**

**D. Manuel García Prada.- Magistrado**

**D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado**

En León a Uno de Febrero de dos mil dieciocho.

**VISTO** ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil **núm. 579/2017**, en el que han sido partes **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representado por la procuradora D<sup>a</sup> María-Pilar González Rodríguez bajo la dirección de la letrada D<sup>a</sup> Leticia-María Delestal Gallego, como **APELANTE**, y D. ...., representados por el procurador D. Andrés Cuevas Gómez bajo la dirección del letrado D. Pablo Bello Suárez, como **APELADOS**. Interviene como Ponente del Tribunal el **ILTMO. SR. D. Ricardo Rodríguez López**.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En los autos n° 216/2017 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción número 7 de PONFERRADA se dictó sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017, cuyo fallo, literalmente copiado, dice:

«Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la representación procesal de DON ....., frente la entidad "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.":

«**I-** Debo DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés recogida en la estipulación financiera "3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable", de la escritura de préstamo hipotecario de 12 de noviembre de 2.003, suscrito entre los actores y la entidad demandada, con el siguiente tenor: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal mínimo aplicable a este contrato será del 2,50%".

«**II-** Debo CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a los actores la totalidad de las sumas indebidamente percibidas en aplicación de la cláusula suelo reseñada anteriormente, desde la constitución del préstamo hipotecario hasta la fecha de interposición de la demanda, más las que se hayan cobrado en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia.

«**III-** Debo DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD de la cláusula recogida en la estipulación financiera "4.1. Comisión de apertura", de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de noviembre de 2.003, suscrita entre los actores y la entidad demandada que establece una comisión de apertura de mil ciento veinte euros y veintidós céntimos (1.120,22 €), 1,25% sobre el total importe del préstamo.

«**IV-** Debo CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a los actores la citada suma, de mil ciento veinte euros y veintidós céntimos (1.120,22 €), cantidad que se verá incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de demanda.

«**V-** Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a los apelados, que lo impugnaron en tiempo y forma. Se sustanció el recurso por sus trámites, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López.

**TERCERO.-** Las actuaciones se recibieron en la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal el día 22 de noviembre de 2017, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10 de enero de 2018.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Delimitación del objeto del recurso de apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del pronunciamiento que declara la abusividad de la cláusula de apertura del préstamo contratado.

**SEGUNDO.-** Sobre la abusividad de las cláusulas incorporadas como condiciones generales a los contratos suscritos por consumidores.

El contrato de préstamo objeto de este procedimiento se suscribió el 12 de noviembre de 2003, por lo que es de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, en su artículo 10 bis (según redacción introducida por la Ley 7/1998, de 13 de abril) regula, con carácter general, cuando

se ha de considerar abusiva una cláusula, así como sus efectos, y en su disposición adicional primera (también introducida por la Ley 7/1998) establece una relación de supuestos concretos de cláusulas abusivas.

Aunque con alguna diferencia, la regulación sobre cláusulas abusivas de la Ley 26/1984 es coincidente en lo sustancial con la contenida en los artículos 82 y siguientes de Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Hemos de partir de la norma vigente a la fecha del contrato, como así se establece en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, pero también en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007: *"El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración [...]"*.

Una cláusula, como la de apertura, que impone un cargo inmediato, sin obligaciones futuras, se ha de regir por lo dispuesto en la ley vigente al momento de la celebración del contrato (las de tracto sucesivo y todas aquellas que contienen obligaciones o cargas con pervivencia duradera tuvieron que ser adaptadas a la nueva normativa, conforme se estableció en la disposición transitoria primera de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, que es el texto habilitante del que resultó el texto refundido contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2007).

En cualquier caso, el régimen jurídico aplicable al caso concreto viene a ser muy similar y sigue un mismo esquema:

1.- Normas especiales sobre abusividad por descripción de supuestos concretos: cláusulas declaradas abusivas de manera expresa con descripción individualizada (disposición adicional primera de la Ley 26/1984 y artículos 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

2.- Norma general sobre abusividad por referencia genérica a un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes: *"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio*

*importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"* (artículo 10 bis de la Ley 26/1984 y 82.1 de Real Decreto Legislativo 1/2007).

**TERCERO.-** Control de abusividad de la cláusula de apertura.

A) Control de contenido.

A.1) Abusividad por tipificación legal.

Ni en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 ni en los artículos 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 se califica como abusiva la repercusión al consumidor de costes, gastos, salvo que sean consecuencia de errores administrativos o de gestión (apartado 21 de la disposición adicional de la Ley 26/1984 o artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007) o cuando se trate de gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional asumirlos (apartado 22 de la disposición adicional de la Ley 26/1984 o artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Por lo tanto, la comisión de apertura, entendida como prestación de servicios financieros y repercusión al prestatario de costes de gestión para la concesión y preparación del préstamo, no se encuentra comprendida en ninguno de los supuestos contemplados en los artículos citados: ni repercute costes por errores administrativos o de gestión ni contempla gastos de documentación o tramitación para su perfeccionamiento y ejecución.

A.1.1.- Delimitación objetiva del concepto de gastos del apartado 22 de la disposición adicional de la Ley 26/1984 (artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

La comisión de apertura no guarda relación alguna con la formalización (como sí ocurre, por ejemplo, con los gastos por otorgamiento de la escritura pública) ni con la tramitación referida al perfeccionamiento y ejecución del contrato (véase la rúbrica del artículo 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007). Por lo tanto, la abusividad contemplada en el apartado 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 y en el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 no es de aplicación a la comisión de apertura, que no guarda relación alguna con el perfeccionamiento o ejecución del contrato.

El coste de apertura no es un acto vinculado a la formalización del contrato de préstamo; se sustenta en el coste de gestiones y servicios financieros previos a él, y, aunque tenga como finalidad principal suscribirlo, la comisión de apertura no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validarlo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica.

Los costes de apertura tampoco remuneran gastos de tramitación vinculados a la formalización, como lo podrían ser los precisos para la inscripción en el Registro de la Propiedad, y ni siquiera se refieren a pagos a terceros para la formalización y tramitación, como ocurre, por ejemplo, con los gastos notariales, registrales y/o impuestos. La comisión de apertura se gira para retribuir los servicios financieros y los costes de gestión previos a la concesión del préstamo; no por gastos de formalización u otros vinculados al perfeccionamiento y eficacia jurídica del contrato.

Por último, conviene precisar que el supuesto contemplado en el apartado 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 y en el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, se refiere únicamente a "gastos de documentación y tramitación", que supone pagos a terceros, y no a los costes que el empresario pueda tener por la gestión y prestación de un servicio, de los que solo se excluiría el propio acto de contratación, su formalización y tramitación precisa para el adecuado perfeccionamiento y eficacia jurídica del contrato (otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, por ejemplo, para la validez de la garantía hipotecaria).

La interpretación de dichos preceptos, en relación con el contrato de préstamo hipotecario, nos lleva a considerar englobados en el ámbito del apartado 22 de la disposición adicional citada a los gastos de formalización del contrato (escritura pública notarial) y los de tramitación para su validez (inscripción en el Registro de la Propiedad, en caso de hipoteca, y gestoría para la tramitación de la inscripción), pero no los referidos a la labor de prestación de servicios financieros previa a la contratación, que no constituye documentación; a lo sumo, tendría la contratación como finalidad, pero no su concreta formalización ni el cumplimiento de requisitos para su válido perfeccionamiento y eficacia jurídica.

A.1.2.- Restricción de la abusividad contemplada en el apartado 22 de la disposición adicional de la Ley 26/1984 (artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Solo se excluyen los gastos de formalización y la tramitación de los actos de formalización para su validación, pero, además, es preciso que exista norma que atribuya ese coste al empresario, porque la cláusula es abusiva cuando los gastos de documentación y tramitación "*por Ley imperativa corresponda al profesional*". (Lo entrecomillado es cita de los preceptos anteriormente citados).

No existe norma alguna que imponga a la entidad financiera asumir el coste de los servicios financieros que ofrece, salvo en casos en los que se prevé el carácter gratuito, sobre todo en materia de información, como, por ejemplo, en los supuestos contemplados en la norma 5ª i/ de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, introducido por Circular 5/1994, de 22 de julio, o en los artículos 13.1 y 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Pero, como se ha indicado, no se prohíbe en absoluto la repercusión de otros costes no vinculados a la formalización y perfeccionamiento del contrato, y solo cuando exista norma legal que imponga a la entidad financiera asumir tales costes. Por el contrario, sí existen normas legales que le imponen el pago de gastos de documentación y tramitación en relación, por ejemplo, con los gastos notariales y registrales (artículo 1279 del Código Civil y regla sexta del Anexo II del Reglamento notarial y norma octava del Anexo II del Arancel de Registradores).

Por lo tanto, la cláusula de apertura no tiene encaje en el supuesto legal de abusividad previsto en el apartado 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 (ni en el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Todo lo contrario, la comisión de apertura aparece contemplada en normas de rango legal y reglamentario: apartado 4 del Anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994, apartado b) del número 2 del artículo 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, apartado C) de la norma octava de la

Circular número 8/1990. También se alude a ella en otras circulares, y también, entre otras, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del BANCO DE ESPAÑA de 2009, sobre criterios específicos de buenas prácticas bancarias.

Si se examinan otras normas sobre crédito a consumidores, como la Ley 16/2011, de 24 de junio, o la derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, o las Directivas 2008/48/CE, 2013/36/UE y 2014/17/UE, en todas ellas se alude a los costes del crédito al consumidor como un concepto más amplio que la mera remuneración del capital conforme al interés pactado, y así, por ejemplo, en el apartado 13 del artículo 4 de la Directiva 2014/17/UE –por citar la más reciente–, se define el «coste total del crédito para el consumidor» por referencia al artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE, que delimita su ámbito con la inclusión de todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista. Y en todas las normas citadas se contempla la posibilidad de comisiones que deban abonarse por una sola vez (en particular, se contempla en el Anexo II de la última Directiva citada, que recoge el contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada –FEIN–).

En definitiva, el cobro de una comisión de una sola vez en el momento del contrato, llámese apertura o de cualquier otro modo, es una posibilidad contemplada en normas legales y del Derecho de la Unión Europea.

A.2) Abusividad por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes (artículo 10 bis de la Ley 26/1984 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Es más que discutible la posibilidad de realizar un control de contenido de la abusividad de la cláusula de apertura, ya que, como se indica en la sentencia 211/2017, de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 7 de junio, “[...] la comisión de apertura, junto con los intereses remuneratorios, integra el precio del servicio propio de la concesión del préstamo o crédito [...]”. (En el mismo sentido, la sentencia 126/2017, de la sección 5ª de la AP de A Coruña, de 12 de septiembre). Y si es un elemento de delimitación del precio no es posible un control de abusividad de la cláusula por su contenido, y sí –únicamente– un control de abusividad por falta de transparencia cuando la cláusula es susceptible de producir desequilibrio contrario a las exigencias de buena fe

(apartado 2.1 del fundamento decimoquinto de la sentencia 241/2013, del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 9 de mayo), ya que, como se indica en ella "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas" (último inciso del párrafo 250).

El coste financiero se calcula por el interés aplicable, pero también por cualquier otro que se pueda fijar de una sola vez al contratar, como antes se ha indicado. Lo que sí es fundamental –pero es cuestión aplicable solo al control de transparencia– es el adecuado cálculo del TAE y la debida información al prestatario sobre el coste financiero del préstamo.

#### B) Control de transparencia.

La demanda presentada deduce una doble pretensión: declaración nulidad de la cláusula suelo y de la cláusula que estipula la comisión de apertura, con restitución de las sumas indebidamente percibidas con su aplicación. Sin embargo, el fundamento de las pretensiones es diferente: en relación con la cláusula suelo la abusividad se deriva de un control de transparencia, en tanto que la abusividad de la comisión de apertura se funda en un control de contenido (no se corresponde con la prestación de un servicio efectivamente prestado).

El control de transparencia se aprecia de oficio cuando el consumidor se puede ver afectado por la aplicación de una cláusula sin que haya solicitado su nulidad. Sin embargo, cuando, como ocurre en este caso, el consumidor solicita la nulidad de la cláusula el tribunal ha de partir de los fundamentos de la acción ejercitada, entre los que no se encuentra –por cierto– la abusividad por falta de transparencia en la incorporación de una cláusula que causa desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que no se puede equiparar el control de transparencia de una cláusula que opera en contra de otra destacada como principal (como ocurre con la cláusula suelo en relación con la que delimita el interés variable) con el que se pueda aplicar a una cláusula que no restringe la operatividad de ninguna otra, como ocurre con la comisión de apertura que se incorpora de manera destacada en cláusula separada y autónoma, que supone el pago de una suma cierta, precisa y a tanto alzado, y que se calcula para delimitar el TAE. Cuando a los prestatarios se les lee la escritura pública pueden verse confundidos con la cláusula suelo

después de decirles que el préstamo opera como variable, pero no pueden incurrir en ningún error cuando se les dice que tienen que pagar una suma anticipada en el mismo momento del contrato, y cuando se les precisa que el TAE de la operación comprende ese coste financiero.

Al contestar al recurso de apelación se introduce como hecho novedoso que la oferta vinculante tiene la fecha del otorgamiento de la escritura pública, pero en la escritura se deja constancia de que *"la parte prestataria ha hecho uso de su derecho examinando dicho texto dentro de dicho plazo legal"*, por lo que la fe pública notarial nos permite afirmar que los prestatarios conocían el contenido de las condiciones financieras. Lo que se corrobora por el hecho de que en el cuadro de amortización incorporado como anexo de la escritura pública aparece, en primer lugar, el cargo correspondiente a la comisión de cancelación, y se vuelve a reseñar en el cuadro resumen final, y también aparece destacado en la oferta vinculante; tal vez no vieran esos datos antes de la escritura pública, pero sí después, y no consta que formularan objeción a dicho cargo durante los catorce años que mediaron entre el cargo en cuenta y la presentación de la demanda.

Se reitera que no estamos ante una cláusula suelo, ante la cual el prestatario puede encontrarse confuso; no en cuanto a cómo opera, pero sí por desconocer su significado contradictorio con el carácter variable atribuido al préstamo y, sobre todo, que su aplicación opera en favor de la entidad bancaria en escenarios de bajos tipos de interés sin reciprocidad a favor del prestatario en caso contrario. Este desequilibrio es necesario para que la infracción del deber de transparencia conlleve, además, la nulidad de la cláusula, como antes se ha indicado con la cita de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, porque la falta de transparencia no tiene por qué suponer desequilibrio en perjuicio del consumidor. Y así ocurre en relación con la comisión de apertura: no se genera desequilibrio con la aplicación de un coste de apertura porque forma parte del precio de la financiación.

C) Correspondencia de la comisión de apertura con un coste o con la prestación de un servicio.

El cobro de comisión por servicio o coste justificado es el mejor ejemplo de abusividad de una cláusula por desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes (criterio general de abusividad de los

artículos 10 bis de la Ley 26/1984 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Las sentencias citadas en el escrito de contestación al recurso de apelación fundan la abusividad en la inexistencia de prestación de servicio y de coste justificado.

Tanto en el artículo quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989, vigente a la fecha del contrato, como en el artículo 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, se establece que las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. Por lo tanto, la comisión puede abarcar tanto servicios efectivamente prestados como gastos.

C.1) El coste financiero como elemento definitorio de la comisión de apertura.

La comisión de apertura representa el coste que para el banco supone el provisionamiento del dinero que se dispone a favor del prestatario: el banco "pierde" ese dinero a favor del prestatario, y aun cuando reciba el rendimiento que supone el pago de intereses tiene un legítimo interés –si así se pacta– en retener una comisión que cubra los costes que se derivan de ese acto de disposición. Se trata de un coste financiero más, porque la retribución por el acto de disposición a favor del prestatario no tiene por qué ceñirse al pago del tipo de interés; al contratar un servicio de tracto sucesivo, por ejemplo, el empresario puede reclamar una cantidad a entregar inicialmente de una vez y el pago periódico por el servicio prestado. Tanto es así, que son numerosas las normas y directivas que aluden al coste del préstamo («coste total del crédito para el consumidor», según redacción de las directivas citadas). Por lo tanto, no hay razón alguna por la que el rendimiento financiero no se pueda obtener, total o parcialmente, a través de un pago inicial de una vez (comisión o coste de apertura).

C.2) Los servicios y costes que integran la comisión de apertura.

C.2.1.- Servicios financieros que integran la comisión de apertura.

A la contratación de un préstamo se llega porque el prestatario solicita la financiación. Las entidades bancarias contemplan como uno de sus servicios financieros la concesión de préstamos, pero aunque dispongan de ofertas y las

publiciten, no son ellos quienes toman la iniciativa para la contratación (a diferencia de los productos de inversión que la entidad financiera puede recomendar a sus clientes como prestadora de servicios de inversión). Una entidad financiera puede ofrecer financiación a sus clientes, pero son estos los que la solicitan en función de si la precisan o no la precisan, o de si les conviene o no (los productos de inversión, sin embargo, son especulativos, y se contratan por iniciativa del inversor, pero también por recomendación y asesoramiento del prestador del servicio de inversión).

En definitiva, no son los bancos los que solicitan la financiación, sino quienes la ofrecen. Por lo tanto, cuando el prestatario recurre a la entidad financiera esta abre un proceso interno para resolver sobre la autorización del préstamo y, si se autoriza, prepara toda la documentación precisa para su ulterior concesión y formalización.

Con carácter general, como ya se ha indicado, y con apoyo normativo al que parcialmente ya se ha aludido, se puede afirmar que es gratuita la información sobre el contrato, sobre su clausulado y sobre su operativa, y no se puede repercutir coste alguno al consumidor, por lo que sería abusiva cualquier cláusula que contemplara tal repercusión.

Tampoco se puede exigir pago alguno por la concesión o la administración ordinaria del préstamo, como así resulta de lo dispuesto en el apartado 1 bis de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, introducido por la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela:

“Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo”.

En el mismo sentido se expresa el apartado 4.2.c/ del Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y, más recientemente, el apartado b) artículo 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito:

«Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito».

Por lo tanto, la concesión del préstamo no puede llevar aparejada una comisión, pero los preceptos indicados no excluyen, en absoluto, la comisión por las gestiones previas que se engloban como servicio financiero; se prohíbe la comisión por concesión del préstamo no por la apertura de expediente para prepararla.

Todo lo contrario, tanto el artículo 1 bis antes citado (en su apartado b/) como el artículo 5 de la Ley 2/2009 (también apartado b/) contemplan expresamente la comisión de apertura, y delimitan algunos de los costes que la sustentan:

“[...] la comisión de apertura [...] 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”.

Por lo tanto, la comisión de apertura remunera un servicio efectivamente prestado y representado, además, por unos costes: ha de realizar un análisis del riesgo, y para ello ha de identificar a los solicitantes (DNI/NIE de los solicitantes), evaluar su solvencia (documentación fiscal, extractos bancarios, nóminas, recibos de otros préstamos, CIRBE, vida laboral...) e identificar y delimitar las garantías a constituir (escrituras de propiedad del inmueble sobre el que se constituiría la hipoteca). Una vez gestionado el expediente es preciso realizar una evaluación de solvencia y examinar, en atención a las circunstancias, la/s modalidad/es de financiación a ofrecer: las condiciones del préstamo dependen de muchos factores (mayor o menor capital en atención al valor de las garantías y capacidad económica de los solicitantes, mayor o menor duración en atención a su edad y circunstancias, opciones sobre diferentes condiciones en función del interés por fidelizar a dichos clientes...).

Y después de finalizar el expediente y conseguir la autorización, es preciso preparar la documentación; que no es lo mismo que el acto de concesión del préstamo o su formalización posterior ante notario y actos posteriores.

Todas estas operaciones responden a servicios financieros que puede prestar el banco, pero también otros intermediarios de servicios financieros, a los que se alude, entre otras, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y cuya expresa retribución está prevista en dicha norma – en virtud de pacto–.

En algunas sentencias que declaran la abusividad de la cláusula de apertura se dice que tales servicios forman parte de la operativa bancaria, pero es que, como también hemos indicado, no hay precepto alguno que prohíba su repercusión al prestatario o que imponga su gratuidad (fuera de lo relativo a la información y en los casos expresamente previstos). La comisión de apertura retribuye un servicio financiero: gestiones previas que se llevan a cabo desde que se solicita el préstamo hasta que se resuelve sobre su autorización, y las precisas para la preparación del contrato.

La evaluación de la solvencia de quien solicita un préstamo no se lleva a cabo solo en interés de la entidad financiera, sino como medida de protección de los consumidores. Y se cita, solo a modo de ejemplo – porque hay más normas en este sentido– la más reciente de ellas, la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que, en el apartado 55 de su Exposición de Motivos dice:

«(55) Resulta fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito. Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos».

La evaluación de quien solicita un préstamo se regula en las más recientes normas de crédito a consumidores y, en particular, las referidas al crédito inmobiliario, y en todas ellas (como en la Directiva citada), resulta preponderante el interés del prestatario, por lo que no se

puede afirmar que la evaluación del inversor solo sea de interés para el prestamista.

C.2.2.- Costes financieros que integran la comisión de apertura.

La comisión de apertura también responde a un coste asociado al acto de disposición que comporta transferir fondos a los prestatarios. Aunque la hipoteca respalde la detracción de esos activos monetarios, no deja de ser una garantía, por lo que la entidad financiera, lógicamente, "pierde" tanto dinero como entrega al prestatario, y, por ello, añadir un pago de una sola vez al inicio del contrato se vincula, igualmente, al coste financiero que se reclama al prestatario (el interés del préstamo y, si se pacta, el coste de apertura, que se engloban en el TAE, como «coste total del crédito para el consumidor».

C.2.3.- Criterios de cuantificación de la comisión de apertura.

No existe razón alguna que excluya la fijación de la comisión por porcentaje. Del mismo modo en que un abogado o un procurador u otro profesional cuantifican sus honorarios en atención a la cuantía del interés en conflicto, también una entidad financiera puede calcular los costes de apertura conforme a porcentajes sobre el capital prestado. Del mismo modo en que no se puede medir con exactitud el coste del servicio prestado por un profesional tampoco se puede medir con cuantías exactas el coste que para una entidad financiera supone la apertura de una línea de financiación (gestiones previas, evaluación, aprobación y preparación del contrato, y costes de provisionamiento). Se pueden considerar excesivas y abusivas cláusulas que imponen comisiones que no se corresponden con aquello que representan: el importe de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras puede ser evaluado porque es hecho notorio el coste que puede suponer esa reclamación, también se puede valorar el coste que suponen otras comisiones cuando comporten cargas adicionales que elevan sustancialmente el coste financiero del préstamo. Sin embargo, la comisión de apertura se pacta inicialmente y se paga de una sola vez, por lo que si al prestatario se le informó adecuadamente del TAE no puede argüir que es excesiva o injustificada, salvo, claro está, que resulte usuraria.

En el caso que nos ocupa la comisión de apertura oscila en torno al 1% del capital del préstamo —exactamente el 1,25%—, y, computada junto con los demás costes, da como resultado un TAE del 3,477%, que nada tiene de anómalo; todo

lo contrario: no es muy superior al tipo de interés inicial fijado ni al Euríbor correspondiente al mes en el que se suscribió el contrato de préstamo.

**CUARTO.-** Costas.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará al pago de las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

Y en cuanto a las costas de la primera instancia será de aplicación lo dispuesto por el artículo 394 de la LEC, conforme dispone el artículo 397 del mismo texto legal. Al ser parcial la estimación de la demanda no procede condena de ninguna de las partes al pago de las costas procesales.

**VISTOS** los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

**FALLAMOS:**

**Se ESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017, dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, **la REVOCAMOS para acordar ESTIMAR EN PARTE LA DEMANDA**, confirmar los apartados I y II del fallo, y dejar sin efecto sus apartados III, IV y V, y, en su lugar, acordamos rechazar la pretensión tercera del suplico de la demanda, declarando no haber lugar a la anulación de la estipulación 4.1 del contrato de préstamo ni a declarar abusiva la comisión de apertura que en dicha estipulación se contempla, absolviendo a la demandada de la pretensión de restitución de la suma abonada para el pago de tal comisión, y todo ello sin expresa condena de ninguna de las partes al pago de las costas generadas en primera instancia.

No procede condenar a ninguna de las partes al pago de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto.

Se acuerda devolver al apelante el importe que se hubiera consignado como depósito para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción

procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

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