



# ARTÍCULOS JURÍDICOS

## EL ACUSADO YA TIENE DERECHO A DECLARAR EL ÚLTIMO EN EL JUICIO ORAL (STS 714/2023, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2023)

*Sergio Herrero Álvarez*

Abogado, Decano emérito del Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón

### La cuestión planteada

La liturgia que todos tenemos interiorizada de la apertura de un juicio penal incluye, desde hace cientos de años, tanto históricamente en la tradición jurídica patria como internamente en nuestra instantánea representación mental, la imagen, como momento cumbre, del interrogatorio inicial del acusado.

Así era, sin duda, hasta hace poco. Pero, de pronto, ya no. Ocurre que, en los últimos tiempos, se ha originado en los tribunales españoles un progresivo debate, en aras del aumento de las garantías constitucionales de la defensa, que ha terminado con un rotundo y novedoso cambio de paradigma. Su análisis es el objeto de estas líneas.

En efecto, de forma relativamente reciente ha comenzado a plantearse, en buen número de juicios penales (algunos pocos teñidos de notoriedad pública y, muchos más, propios del discreto día a día de los tribunales de justicia de toda la Nación), el interés de sus abogados defensores en que las personas acusadas puedan declarar en último lugar durante la práctica de la prueba en la vista oral.

En tales ocasiones, la forma habitual de proceder es la solicitud de la defensa al tribunal de enjuiciamiento, ya sea anticipada en el escrito de calificación provisional, ya como petición previa verbal al inicio del mismo juicio oral, para que se decida alterar el orden usual de la práctica de las pruebas, intervengan previamente los testigos y peritos y, tras escuchar su resultado, sea interrogado finalmente el acusado.

Las ventajas para la defensa de la persona acusada de esa declaración posterior son, desde luego, considerables, ya que puede permitirle dar explicaciones convincentes o réplicas oportunas a lo manifestado antes por otras personas y lograr así coadyuvar con una base sólida a sustentar su propia línea defensiva.

Las respuestas jurisdiccionales a esas pretensiones de las defensas fueron, en los primeros intentos, frontalmente contrarias.

### La normativa aplicable

Hemos de recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR) no contiene ninguna norma reguladora del interrogatorio del acusado en el juicio oral. En realidad, el examen del acusado no se considera como un medio de prueba, sino, más exactamente, como un posible medio de confesión del delito y eventual conformidad con la pena solicitada o, en otro sentido, como un medio defensivo, al permitir al acusado ofrecer las respuestas, afirmaciones, explicaciones y alegaciones que puedan convenir a su propia defensa. Repasemos,

para reparar con detalle en ello, la ya centenaria regulación procesal del principio de la vista oral, haciendo omisión de las hipotéticas cuestiones previas que pudieran surgir.

A tenor del artículo 688 y los inmediatos de la LECR, abierta la sesión pública del juicio, el Presidente preguntará a cada uno de los acusados si se confiesa reo de los respectivos delitos atribuidos, exigiendo “contestación categórica” (693 LECR) y, salvo que se produzca el mecanismo legal de la sentencia de conformidad, de los artículos 694 y 787 LECR, entonces se procederá a la “continuación del juicio”, que mencionan los artículos 694, 695, 696, 697, 698, 699 y 700 LECR.

A continuación, el artículo 701 LECR, regula que “cuando el juicio deba continuar ... se procederá del modo siguiente: ...”, que consiste en la lectura de los escritos de calificación, la práctica de las diligencias de prueba y el examen de los testigos, especificando el precepto que ha de empezarse con la prueba ofrecida por el ministerio fiscal, continuarse con la propuesta por los demás actores y concluirse con la de los acusados. Por último, los dos párrafos finales de este artículo 701 LECR determinan:

“Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte, y aún de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.”

Esa facultad que la LECR confiere al magistrado que preside el juicio para decidir el orden definitivo de la práctica de la prueba en la vista es el fundamento alegado, en algunos casos, por el abogado defensor para pedir que se altere el desarrollo acostumbrado del juicio oral, retrasando la declaración del acusado a cuando ya se han practicado todas las pruebas en el plenario, en lugar de hacerlo a su inicio, es decir antes de la testifical, pericial y la prueba documental que tradicionalmente se llevan a cabo tras la declaración del acusado. Y la evolución de las resoluciones por los tribunales de dichas solicitudes es la que vamos a detallar seguidamente.

No obstante, antes resaltemos que tal pretensión, relativa a declarar antes o después de que se celebren el resto de las pruebas, es cuestión distinta del uso del derecho a la última palabra del acusado en el juicio, que le confiere el artículo 739 LECR, el cual se ejercita tras concluir todas las pruebas, formularse las conclusiones definitivas de las partes e informar los letrados de todas ellas. Ese derecho del acusado a hablar en último lugar es el colofón del acto, tras el cual, “el Presidente declarará concluso el juicio para sentencia”, según el artículo 740 LECR.





## Los precedentes jurisprudenciales

Las primeras resoluciones del Tribunal Supremo que resolvieron quejas de condenados recurrentes porque habían visto rechazadas sus pretensiones de posponer su declaración a las de los testigos y peritos del juicio negaron con rotundidad cualquier vulneración del derecho de defensa, afirmando la STS 309/2009, de 17 de marzo de 2009, que no se trataba de una materia que quedara a la libre determinación de las partes ni sujeta a su propia decisión: “el proceso no lo dirigen las partes, sino el juez”.

En igual sentido, proclamó la STS 394/2014, de 7 de mayo de 2014 que “no corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos”.

Lo cierto, sin embargo, fue que, en años sucesivos, al amparo de la facultad del artículo 701 in fine LECR, desde una perspectiva más sensible a la protección del derecho de defensa, se fue paulatinamente instaurando la posibilidad, en diversos tribunales provinciales, de esa alteración del orden de las pruebas y practicándose efectivamente la declaración del acusado al final de las restantes.

Al margen de ese creciente fenómeno, la STS 259/2015, de 30 de abril de 2015, volvió a negar que se produjera ninguna infracción de derechos por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios, dejando a los acusados para el final. Esta resolución parte de que el orden predeterminado de la práctica de las pruebas es ordinariamente el previsto en el artículo 701 LECR y de que, no concurriendo en el caso examinado razones de peso que hiciesen procedente el cambio, la decisión denegatoria del Presidente se adecuaba a un “usus fori” muy consolidado, el cual, al situar su declaración al comienzo del juicio, sirve para precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas.

Añade esta STS 259/2015 que “esa dinámica judicial contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo de la vista, al concretar los hechos que deben ser acreditados por acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro “usus fori” muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio.”

Y, tras justificar que ninguna indefensión se produce para el acusado, que, en todo caso cuenta, además, con el derecho a la última palabra en el juicio, esta resolución compendia, con elocuente firmeza: “A través de esta declaración inicial, y del derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados.”

Sin embargo, la propia sentencia se hace eco de lo que ya empezaba a ser práctica tolerada en variados órganos judiciales a lo largo y ancho del territorio nacional, expresando lo que sigue. “También es cierto que existe en el momento actual una práctica judicial minoritaria que admite la alteración del orden habitual de las pruebas en cuanto a la declaración del acusado, partiendo de la base de que el derecho a no declarar y a no confesarse culpable incluye el derecho a que el acusado adapte su declaración a la prueba que se haya practicado a lo largo del juicio. Se alega que estando presente el acusado durante las testificales y el conjunto de la prueba practicada en el juicio, si declara al final tiene la posibilidad de adaptar sus respuestas según mejor convenga a la tesis de su

defensa. Sin entrar en la polémica, y advirtiendo sobre la pérdida de credibilidad de la declaración que esta práctica podría conllevar, máxime cuando en nuestro modelo procesal si el acusado decide declarar no está obligado a decir la verdad, lo cierto es que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final del juicio”.

El tramo siguiente fueron dos nuevas resoluciones del Alto Tribunal en el año 2020, que mantuvieron el carácter discrecional de la decisión, en cada juicio oral, por parte de su Presidente, para acceder o no a la posible petición de declarar el acusado en el último lugar. La STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020, y la STS 700/2020, de 16 de diciembre de 2020, persistieron en negar la existencia de un supuesto derecho del acusado a elegir declarar después, y no antes, de presenciar toda la prueba del plenario.

Algo relevante ocurre, no obstante, al año siguiente. Se celebra un juicio oral, en primera y única instancia, en la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, contra un acusado, aforado ante ella por su condición de parlamentario nacional. La STS 750/2021, de 6 de octubre de 2021, termina con la condena de ese mediático diputado por un delito de atentado a un policía agredido, pero lo que ahora interesa es advertir que en el propio juicio oral celebrado se permite al acusado declarar en último lugar: “Finalizada la práctica de la prueba, se ha oído al acusado, que ha prestado declaración respondiendo a las preguntas del Ministerio Fiscal y de su defensa. Tras los informes del Ministerio Fiscal y de la defensa, le fue concedida la palabra al acusado, de conformidad con el artículo 739 de la LECR”, nos narra el texto de la resolución.

La penúltima resolución de interés en la materia que analizamos ha sido la STS 514/2023, de 28 de junio de 2023, que, aunque desestima la concreta queja casacional formulada, avanza consideraciones de calado que presagian el paso finalmente dado por la última y trascendente STS 714/2023.

La STS 514/2023, de 28 de junio de 2023, coincide con sus predecesoras en rechazar que el mantenimiento de la declaración del acusado al inicio del juicio le suponga una infracción de derechos ni sea causante de efectiva indefensión. El motivo de casación alegado con tal contenido fracasa, pero, con un alcance orientativo general, el Tribunal Supremo indica que su práctica al final de la prueba es posible y recomendable, aunque no reconozca (todavía) un verdadero derecho a ella. Reproducimos sobre el tema el preciso contenido que le dedica la resolución:

“Varias son, sin embargo, las resoluciones judiciales en las que este mismo Tribunal Supremo ha sugerido, en línea de principio, la inexistencia de impedimento alguno para acordar, con carácter general o cuando así lo solicitara la defensa, reservar la declaración del acusado al momento posterior a la práctica del resto de la prueba. Lo justifica su particular estatus procesal y el reforzamiento que ello comporta de sus posibilidades defensivas, impuesto ya, al tiempo de declarar, del resultado producido por el resto de los medios probatorios desarrollados en el plenario. No impide actuar de este modo el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontrándose, además, dicha posibilidad en línea con las propuestas doctrinales más significadas al respecto e, incluso, con el contenido de algún anteproyecto de nueva ley procesal penal. De hecho, así hemos actuado en alguna oportunidad cuando nos corresponde, en el ejercicio de nuestras propias competencias, bien es verdad que con escasa frecuencia, la celebración de juicios orales. Para concluir, la finalidad pretendida por la norma -el mejor descubrimiento de la verdad- debe conectarse con un mayor y más efectivo aseguramiento de la eficacia del derecho de defensa que pasa, en la mayoría de las ocasiones, por permitir, precisamente, que la persona acusada pueda declarar en último lugar.





Sin embargo, también hemos tenido oportunidad de declarar repetidamente que, aun cuando el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no proscriba dicho orden en la práctica de la prueba, y en tanto no se concrete modificación legal alguna al respecto, evidentemente la decisión de la presidenta del Tribunal, acordando proceder, de acuerdo con la regla general contemplada en dicha norma, de ningún modo podría considerarse contraria a la misma ni, con carácter general al menos, limitativa del derecho de defensa del acusado.”

### El final de la senda

Y, en un instante, sucede el giro copernicano. La radical y definitiva novedad en la cuestión defensiva analizada se ha producido de la mano de la STS 714/2023, de 28 de septiembre de 2023, que culmina la consagración del derecho de todo acusado a elegir el momento de su declaración durante la prueba del juicio oral. Y, no solo eso, sino que establece pautas detalladas sobre la forma de expresar esa opción y de materializarla en su ejecución procedimental.

Lo primero que llama la atención de esta resolución es que la materia que estamos estudiando no tenía realmente relación con los motivos de casación del asunto sentenciado. El hecho condenado era un homicidio por imprudencia profesional grave, por parte de un policía local catalán en una indebida actuación de reducción de una persona que se resistía activamente a ser detenida. El recurrente invoca la presunción de inocencia y cuestiona la propia entidad y gravedad de la imprudencia cometida y el Tribunal Supremo, en una prolija y muy didáctica resolución, desestima todos los motivos esgrimidos. “La imprudencia grave existió y se practicó prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia” concluye la resolución. También, por otro lado, ratifica la correcta inclusión en la condena confirmada de las costas a favor de la acusación particular.

Lo sorprendente de la sentencia se encuentra en el abordaje que espontáneamente realiza de la cuestión central que motiva el presente artículo, la cual deja resuelta para el futuro y con vocación de generalidad a nivel nacional en los siguientes términos que textualmente reproducimos:

“Resta por añadir una cuestión fundamental que no ha sido objeto de recurso, pero que es preciso destacar obiter dictum. Nos referimos a un tema que ya se está planteando en muchos órganos judiciales de enjuiciamiento respecto a las peticiones que se están elaborando por muchos letrados y letradas en el trámite de cuestiones previas relativo a la petición de que el acusado/a declare en último lugar tras la práctica del resto de pruebas (testifical pericial y documental) a fin de garantizar mejor el derecho de defensa.

En el presente caso consta en los antecedentes de hecho de la sentencia que: La defensa del acusado, por su parte, interesó la alteración en el orden de la práctica de la prueba y en concreto de la declaración de su defendido, Sr. Damaso, interesando lo fuera tras la totalidad de las testificales; pretensión que fue rechazada por el Tribunal, por entender, debidamente, garantizado el derecho de defensa del acusado, pudiendo salir al paso de las declaraciones que en el Plenario, en el turno de la última palabra.

No ha sido este tema objeto de impugnación, no se ha planteado en qué medida ello causó indefensión material en el desarrollo del juicio, por lo que no cabe apreciar en modo alguno esta indefensión, ya que al igual que hemos señalado cuando se produce la petición de que el acusado declare junto a su letrado/a (Tribunal Supremo en sentencia 282/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10561/2018) se exige que no se trata de una indefensión formal, sino material, y, por ello, se exige acreditar en qué medida ese aspecto formal que se alega causó una indefensión material.

Esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 750/2021, de 6 de octubre de 2021, ya ha admitido que el acusado declare en último lugar tras la práctica del resto de la prueba al solicitarlo en juicio

oral de aforado la letrada, lo que fue admitido por el Presidente del tribunal al suponer un mejor ejercicio del derecho de defensa.

Hay que señalar a este respecto que no es posible desdeñar las indudables ventajas que le suponen al acusado declarar tras finalizar la práctica de la prueba en relación a lo que declararon los testigos, sobre todo, o los documentos que se han elevado al plenario como “utilizables” a la hora de que el juez o Tribunal dicte sentencia, el informe pericial ratificado y explicado en el plenario. Su declaración puede quedar más “matizada” si conoce lo que declararon los testigos y en algún dato técnico del informe de los peritos, como decimos.

Sin embargo, no es posible comparar la declaración del acusado con el derecho de última palabra para que en este punto añada el acusado lo que le interese de las declaraciones efectuadas en la práctica de la prueba, ya que en el derecho de última palabra no hay “interrogatorio” por las partes, sino una explicación del acusado a modo de resumen. No se entiende protegido el “mejor derecho de defensa” por la circunstancia de que exista el derecho de última palabra. La defensa podrá en trámite de cuestiones previas, o bien antes en su escrito de calificación provisional instar que el acusado declare en último lugar, porque no hay precepto de la LECRIM que obligue a que lo haga en primer lugar.

Además, el Código procesal penal (art. 567) pendiente de aprobación ya apostó cuando fue redactado por los técnicos que lo elaboraron porque el acusado declare en último lugar al apostar por un mejor ejercicio del derecho de defensa señalando en su Exposición de motivos que el sistema actual de declaración inicial del acusado distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia y genera una práctica procesal puramente dialéctica en la que el juez parece encaminado a elegir la tesis más verosímil entre dos opciones de igual valor, cuando en realidad quien ha de demostrar plenamente su tesis es la parte acusadora. La defensa ha de poder limitarse a generar una duda razonable sobre la misma. A esta idea responde la variación de la posición de la declaración del acusado en la estructura del juicio oral.

A mayor abundamiento, el art. 701 LECRIM señala en sus párrafos 4, 5 y 6 que:

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

La LECRIM no exige, por ello, que el acusado declare en primer lugar, y debemos circunscribirnos al orden que propongan las partes, y si lo interesa la defensa conforme exponemos, no hay razón para negar ese derecho.

Con ello, cabe que la defensa exponga en su escrito de calificación provisional, en escrito posterior, o en el trámite de cuestiones previas, tanto en sumario como en procedimiento abreviado, que el acusado declare en último lugar, lo que, obviamente, garantiza mejor el derecho de defensa, y debería ser admitido, porque, obviamente, no se ejerce igual el derecho de defensa con el interrogatorio por el letrado en último lugar que con la “autodefensa” que pueda suponer el ejercicio del derecho de defensa, ya que en base al interrogatorio del juicio oral podrá construir, también, la defensa su alegato en el informe del plenario en resumen de la práctica de la prueba.





Con ello, se puede fijar que:

- 1.- El letrado del acusado tiene derecho a solicitar del juez o Presidente del Tribunal que éste declare en último lugar tras concluir el resto de la práctica de la prueba admitida.
- 2.- Esta petición deberá cursarse con sentido preclusivo al comienzo del juicio en el trámite del art. 786.2 LECRIM, tanto en el sumario como en el procedimiento abreviado y resto de procedimientos penales.
- 3.- Que se curse esta petición no impide que el juez o presidente del Tribunal siga interrogando al acusado al comienzo del juicio sobre si reconoce los hechos y se muestra conforme con la más grave de las acusaciones. A continuación, comenzará el interrogatorio, salvo que el letrado del acusado le solicite que declare tras la práctica del resto de la prueba.

4.- En el caso de ser varios los acusados y alguno de ellos lo interesara, el juez o presidente del Tribunal preguntará al resto y si no lo interesan todos lo acordará con respecto a aquél o aquéllos que lo hubieren solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba.

5.- El derecho a la última palabra se mantiene inalterable aunque el acusado declare tras concluir el resto de la práctica de la prueba. Es el derecho de autodefensa, en el que el acusado expone lo que le interese al concluir el juicio y sin preguntas de las partes.

6.- El acusado tiene derecho a declarar junto a su letrado.

En cualquier caso, todo esto lo es obiter dictum para fijar doctrina sobre este relevante aspecto hoy en día en los juicios orales, y sin que en este caso se haya planteado, ni señalado en qué medida se causó indefensión material con su rechazo. El motivo se desestima.”

## LA COMISIÓN DE APERTURA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES TRAS LA STS 816/2023, DE 29 DE MAYO Y EL ACUERDO PARA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS DE LAS SECCIONES CIVILES DE LA AP DE ASTURIAS, DE 9 DE JUNIO DE 2023

*Raquel Santos Rodríguez*

Abogada

La intención de este artículo es exponer la situación a fecha de redacción del presente (19 de noviembre de 2023), en relación con la validez de la cláusula que establece una comisión de apertura tras la STS 816/2023, de 29 de mayo de 2023 y el Acuerdo para unificación de criterios de la AP de Asturias, publicado el 9 de junio de 2023. Y es que, si bien las primeras sentencias de la AP de Asturias tras el precitado acuerdo parecían ceñirse a la literalidad de sus requisitos; sin embargo, algunas de las últimas sentencias publicadas se apartan del mismo haciendo referencia a otras circunstancias concurrentes, hayan sido éstas alegadas o no por las partes. Pero, para poder analizar en profundidad la precitada STS y posterior Acuerdo de la AP de Asturias es necesario recordar de dónde venimos en relación con la validez de la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, durante estos últimos diez años de litigiosidad. De este modo, he distinguido cuatro periodos o etapas:

### PRIMERA ETAPA:

Se correspondería con los inicios de la litigiosidad de la cláusula que establece una comisión de apertura, hasta que el TS se pronuncia por primera vez sobre ella en la STS 44/2019, de 23 de enero. En esta primera etapa no se discutía su legalidad o licitud, pues existía y existe abundante previsión legal. Por ejemplo: la Circular del Banco de España nº 8/1990; la Orden de 5 de mayo de 1994; Ley 2/2009, de 31 de marzo y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, etc. Es decir, el debate sobre estas comisiones se centraba en que debían someterse únicamente al juicio de abusividad o contenido (no de transparencia) en los términos de los artículos 82 y siguientes del TRLCU y del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, se atendía exclusivamente a si causaba un desequilibrio entre las partes, al implicar el abono de una cantidad por servicios efectivamente prestados que se debían de acreditar por la entidad bancaria y, a su vez, si el importe era desproporcionado. Así, la Sentencia 582/2017, de la AP de Asturias, Sección 7ª: “no existe ninguna duda sobre la legalidad de dicha comisión”. Y continúa diciendo: “no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, (...) se hace difícil comprender por qué debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio)”. Es decir, la AP de Asturias pertenecía al sector de audiencias que consideraban que los trámites de formalización del préstamo y el estudio de su viabilidad eran actividades inherentes a la propia actividad ordinaria de la entidad, que no constituyen

servicios reales y efectivos que puedan ser objeto de remuneración a parte mediante la comisión de apertura, porque ya se remuneran vía interés ordinario.

Por el contrario, existían otras audiencias que declararon válida la cláusula por entender que engloba la remuneración de todas las actuaciones realizadas por la entidad de crédito antes de la concesión del préstamo y que el interés remunera a la entidad tras la concesión del préstamo (Sentencias de la AP de León de 1 de febrero de 2018 y de la AP de Valencia, de 15 de febrero de 2017).

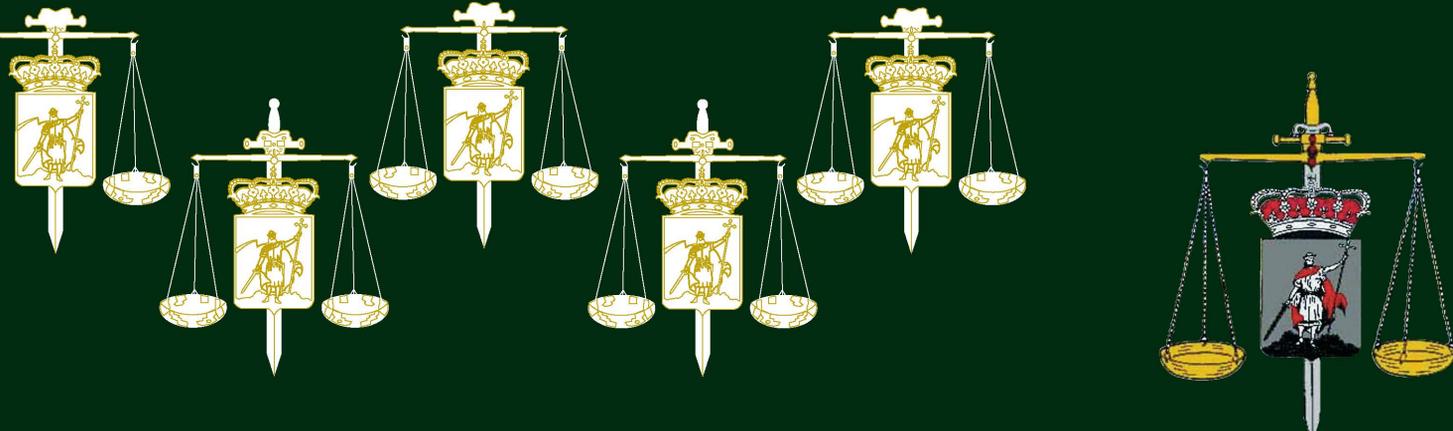
Por tanto, antes de la STS 44/2019 existía una discrepancia entre las distintas Audiencias Provinciales sobre la abusividad de la comisión de apertura y la AP de Asturias se encontraba en el sector que las consideraba mayoritariamente abusivas, siendo esta una etapa dulce o favorable a los consumidores y no había un debate sobre si esta cláusula pudiera ser o no transparente, centrándose únicamente el análisis en el juicio de contenido o abusividad.

### SEGUNDA ETAPA:

La situación cambia completamente con la STS 44/2019 de Pleno de la Sala Primera de fecha 23 de enero de 2019 en la que, fijando Jurisprudencia, se afirmó que la cláusula de comisión de apertura no es abusiva si supera simplemente el control de transparencia sustantiva. La STS parte de la premisa de que la comisión de apertura es, junto con el interés remuneratorio, un componente “sustancial” del precio del préstamo, objeto principal del contrato, por lo que debía quedar excluida del control de abusividad, debiendo superar únicamente el control de transparencia. Recordemos que en virtud del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 el control de abusividad no puede realizarse a las cláusulas que definan el objeto principal del contrato. Pero, también es cierto que el TS no declaró que la comisión de apertura superase «automáticamente» las exigencias de transparencia. Hay que someterla al doble control de transparencia: control de incorporación (artículos 7 y 8 de la LCGC) y control de transparencia material de la cláusula (Orden del 1994, Ley 2/2009, etc.).

Por otro lado, sobre la base de la citada normativa, la STS 44/2019 declaró que no podía exigirse que la entidad financiera tuviera que acreditar en cada caso la realización y el coste de las actuaciones que justificaban el cobro de la comisión y descartó la necesidad de probar la equivalencia entre el importe de la comisión de la apertura y el coste de los servicios prestados como contrapartida, porque suponía controlar la adecuación entre el precio o remuneración y los servicios proporcionados a cambio. Por lo tanto, tras la STS 44/2019 la situación se volvió claramente desfavorable a los consumidores y se frenó la litigiosidad sobre la comisión de apertura.





# Sala de Togas®

Boletín del Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón® Nº 86 - DICIEMBRE 2023



**FESTIVIDAD DE LA PATRONA-**  
Jura de nuevos colegiados y distinciones



**MEDALLA AL MÉRITO EN EL SERVICIO  
A LA ABOGACÍA A DON JUAN  
BAUTISTA TUERO LAS CLOTAS**



**ENTREVISTA A: DOÑA VICTORIA ORTEGA BENITO, presidenta del  
Consejo General de la Abogacía Española**



**ARTÍCULOS JURÍDICOS:**

- *El acusado ya tiene derecho a declarar el último en el juicio oral.*
- *La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores tras la sentencia del TS 816/2023, de 29 de mayo y el acuerdo para unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Asturias, de 9 de junio de 2023.*

**JURISPRUDENCIA:** *Civil, Penal y Laboral*

**OCIO Y CULTURA:** *Fútbol, Rincón del corredor, Fotografía y Cine*