

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 816/2023, de 29 de mayo

### **LA «COMISIÓN DE APERTURA» EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA: CRITERIOS PARA ANALIZAR SU CARÁCTER ABUSIVO TRAS LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023**

La sentencia del Tribunal Supremo n.º 816/2023 era esperada en cuanto realiza la toma en consideración de la STJUE (Sala 4.ª) de 16 de marzo de 2023, C-565/21; y puede decirse que viene a matizar la doctrina que el TS ha mantenido respecto a la validez de la cláusula relativa a la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios. En concreto, asume que la comisión de apertura no forma parte de los elementos esenciales del contrato, por lo que puede ser objeto de control de abusividad, aunque sea transparente. No obstante, en el supuesto debatido, descarta el carácter abusivo de la cláusula por considerar que cumple todos los parámetros establecidos por la STJUE de 16 de marzo de 2023.

El análisis de la evolución de los criterios en torno a la comisión de apertura resulta necesario para entender la doctrina actual. El punto de partida es la STS (de Pleno) 44/2019, de 23 de enero, que de forma muy clara rechazó la posibilidad de aplicar a estas estipulaciones el control de abusividad por razón de su contenido al aplicarle la excepción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. En concreto, argumenta que la comisión de apertura (que retribuye las actividades de estudio, de concesión o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, es un elemento esencial del contrato de préstamo. Se estimó que no estábamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Concluye 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 el coste de las actuaciones realizadas (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien, etc.), que en su mayoría son exigidas por las normas sobre solvencia bancaria y son imprescindibles para la concesión del préstamo, por lo que son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo». Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio y los servicios proporcionados.

Se añade que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia», advirtiendo que la normativa que regula esta comisión está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión

de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas para la concesión, 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).

El Tribunal de Justicia UE se pronunció sobre esta comisión, respecto de un contrato con consumidores celebrado en España, en la sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19). Ya admitía que «el hecho de que la comisión esté incluida en el coste total del préstamo no implica que sea una prestación esencial de este»; y que tal cláusula puede generar un desequilibrio importante «cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y los gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente».

Con anterioridad, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17), ante una cláusula similar, estableció que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión no estén detallados no significa que la cláusula no cumpla el requisito de transparencia, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto; y siempre que se haya determinado con precisión el importe de los gastos a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse. Y apunta que la abusividad surgiría cuando 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 a abonar por el consumidor sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo. Criterios que son reiterados por la STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19.

La sentencia que analizamos tiene su origen en un contrato de préstamo hipotecario celebrado por un consumidor con Caixabank SA en el año 2005, en el que en el apartado de comisiones se hace constar: «Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de 845 euros». El importe del préstamo fue de 130.000 euros. Solicitada por el prestatario la nulidad de esta y otras cláusulas, la demanda fue estimada íntegramente en primera instancia. El recurso de apelación interpuesto por Caixabank fue desestimado, por considerar que la atribución del pago de la comisión al consumidor era abusiva, en la medida en que la prestamista no había justificado que el cobro se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

Tras el recurso de casación planteado por la prestamista, es en la fase de deliberación cuando el TS acuerda plantear una petición de decisión prejudicial, donde se plantean tres cuestiones, y va a dar lugar a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21). En primer lugar, plantea el TS si se opone a la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación nacional de la comisión de apertura como retribución de diversos servicios, considera que la cláusula que la establece forma parte del «objeto principal del contrato», por entender que tal comisión constituye

una de las partidas principales del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible. El TJUE da una respuesta clara y sin ambigüedades al descartar que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato de préstamo, considerando únicamente como tal en el préstamo el interés remuneratorio.

En segundo lugar, plantea si se opone al art. 4.2 Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula toma en consideración elementos como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, etc. El TJUE responde que para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula que estipule una comisión de apertura, como requisito previo de transparencia, el juez deberá comprobar 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 y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que se retribuyen. Además, advierte que el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida, pero debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto. Y también ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida; valorándose también la ubicación y la estructura de la cláusula en el contrato.

Por último, consultó el TS si es aceptable el criterio jurisprudencial que considera que esta cláusula no causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato. El TJUE parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, pero podría serlo cuando los servicios previstos no son prestados realmente, o cuando el importe de la comisión es desproporcionado en relación al importe del préstamo, o cuando los servicios que se retribuyen están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor.

El TS, en la sentencia analizada, admite que ha de modificar el criterio jurisprudencial mantenido hasta el momento, pues, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente. Entrando en el análisis de la comisión, también admite que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula, pues dependerá del examen individualizado de cada caso.

La sentencia tiene muy presentes los requisitos de transparencia que exige la normativa bancaria. En la actualidad, se regula en el art. 14 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que, aunque es menos expresiva sobre su admisión que la regulación anterior, la admite implícitamente.

En la fecha del contrato de la litis, se aplica la Orden de 5 de mayo de 1994, que exigía que esta comisión debía comprender todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, que debía integrarse en una única comisión, que había de denominarse «comisión de apertura», que se devengaría de una sola vez, y debía contener especificados su importe y su forma y fecha de liquidación. Concluye el TS que todos los parámetros se cumplen en la cláusula litigiosa, constando además que la entidad había entregado a los prestatarios un ejemplar de las tarifas de comisiones. No se encuentran razones para cuestionar que resulte clara y fácilmente comprensible respecto a los servicios prestados, y también respecto a su coste, que además se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE. Igualmente descarta el TS el solapamiento de comisiones por el mismo concepto. Por todo ello, considera superado el control previo de transparencia.

Y en cuanto al control del contenido, al analizar la proporcionalidad del importe —«con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios»—, concluye que no parece que una comisión de 845 euros sobre un capital de 130.000 sea desproporcionada, en cuanto supone un 0,65 % del capital, oscilando el coste medio entre el 0,25 % y el 1,50 %. Por ello, se descarta que la cláusula pueda ser considerada abusiva en este supuesto, procediendo a estimar, en este aspecto, el recurso de casación planteado por la entidad bancaria.

Los parámetros utilizados por el TS no admiten demasiada crítica, en la medida en que aplica la directriz europea de valoración caso por caso, tanto respecto a la transparencia como del control del contenido. Y se realiza en la sentencia un cierto esfuerzo por aportar criterios que sean extrapolables a otros casos, tratando de aportar así cierta seguridad.

Sin embargo, la argumentación que realiza el TS respecto a la no abusividad de la cláusula resulta demasiado escueta y muy centrada en la cuantía, cuando hay otros aspectos a valorar. Por otra parte, el TS continúa apegado a la «doctrina de la inherencia», al identificar la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo, en general, «inherentes a la actividad de la entidad ocasionada por la concesión del préstamo», considerando que la necesidad de especificar y acreditar los servicios que se retribuyen ha sido descartada expresamente como requisito de validez por el TJUE. Y es que en esta cuestión ha existido cierta ambigüedad o disparidad de posiciones en las distintas resoluciones del TJUE. En todo caso, como se puntualiza en la STJUE de 16 de marzo de 2023, ha de rechazarse la interpretación que considera «que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos por la normativa nacional... Esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen... de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión». En esta línea, hay que recordar que el art. 87.5 del Texto Refundido LGDCU, al contemplar las

denominadas «cláusulas abusivas por falta de reciprocidad», contiene una previsión que podría servir para desechar la doctrina de la inherencia: «En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecúen al servicio efectivamente prestado».

Por todo ello, no hay que descartar que esta cláusula siga en el futuro siendo objeto de debate y de decisiones polémicas.

José Antonio MARTÍN PÉREZ  
Profesor titular de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca  
[jamp@usal.es](mailto:jamp@usal.es)