

Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo civil. Sección 1.ª) 826/2023, de 29 de mayo de 2023

LICITUD DE LA COMISIÓN DE APERTURA DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

A diferencia de otras cláusulas y comisiones bancarias la comisión de apertura no había tenido una presencia significativa en nuestra jurisprudencia. Pero, en los últimos cuatro años, se ha producido una sucesión de sentencias que ha generado un intenso debate sobre la licitud de esta comisión, avivado por los criterios parcialmente discrepantes que han mantenido sobre la materia el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que han provocado un movimiento pendular en el sentido en que se han pronunciado las sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales, en particular, acerca de si es necesario o no que la entidad de crédito dé cuenta detallada de los servicios que presta con motivo de la concesión del préstamo, para poder cargar a su cliente la comisión. De este modo, puede afirmarse que en la actualidad constituye una cuestión litigiosa la determinación de si la cláusula en la que se establece dicha comisión es o no transparente y si es abusiva. Y parece también claro que la respuesta a la cuestión suscitada solo puede darse caso por caso, como se ha encargado de recordar el TJUE, sin que resulten admisibles consideraciones de carácter general.

La impugnación de la cláusula de apertura se suele llevar a cabo junto con la de gastos, como ocurre en el caso de la sentencia que pasamos a comentar, la STS de 29 de mayo de 2023, pero no nos vamos a referir a esta segunda cláusula en el presente comentario, por tratarse de una materia sobradamente conocida y con una jurisprudencia ya muy consolidada.

Entrando ya en materia, para entender mejor el problema que se suscita en relación con la cláusula por la que se establece la comisión de apertura, merece la pena comenzar con un breve recorrido de lo que ha acontecido en los últimos 4 años, repasando fundamentalmente las cuatro resoluciones más relevantes dictadas por el TS y por el TJUE, siguiendo un orden cronológico: la STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 114), la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224 y 259/19), la STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21) y nuestra STS de 29 de mayo de 2023 (JUR 2023, 3307).

La primera de ellas, la de STS de 23 de enero de 2019, viene a su vez precedida por varias sentencias de audiencias que mantienen criterios divergentes acerca de la licitud de la comisión, a partir de la impugnación de la cláusula que la establece, en el marco de los litigios sobre la cláusula de gastos.

El leitmotiv de esta sentencia viene dado por la consideración de la comisión de apertura como parte del precio, que tiene que pagar el prestatario y que, desde esta perspectiva, forma parte del *objeto principal del contrato*. Partiendo de esta calificación,

el TS llega a la conclusión de que no cabe aplicar a dicha cláusula el control de abusividad, ni es necesario que se constate que su percepción resulta proporcionada con el servicio que el banco presta, en términos cuantitativos, porque ello supondría un control de precios, inaceptable en virtud del art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Por otra parte, el TS mantiene que tampoco es menester que el banco acredite con detalle la realización efectiva de los servicios a que responde la comisión. Dicha acreditación implicaría serias dificultades prácticas por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación resulta problemática, así como por la dificultad de calcular su cuantía por anticipado, para comunicarla debidamente al consumidor, como exigen las normas sobre transparencia bancaria respecto al resto de comisiones. Por otra parte, muchas de las actividades que retribuye la comisión de apertura son de obligatoria realización para las entidades de crédito, porque vienen impuestas por normas de protección del consumidor frente al sobreendeudamiento (por ej., art. 29 Ley 2/2011; y, actualmente, el art. 11 Ley 5/2019).

Además, afirma que, como parte del contenido principal del contrato, «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» y añade que uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).

Este régimen especial de transparencia resulta confirmado, a juicio del TS, por el «contexto normativo» que reglamenta la inclusión de la cláusula de la comisión de apertura en los contratos de préstamo hipotecario. Con carácter general, la normativa de transparencia bancaria exige que las comisiones obedezcan a servicios solicitados en firme por el cliente y efectivamente prestados por la entidad (podríamos denominar esta regla como regla de la *efectividad del servicio prestado*). Sin embargo, las propias normas de transparencia prevén una regla específica para la comisión de apertura, que impone la existencia de una sola comisión que englobe todas las gestiones y tareas que realiza un banco con motivo de la concesión y formalización de préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas (lo que podríamos denominar regla de la *unicidad de la comisión de apertura*).

La regla de la *unicidad* se establece por primera vez en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en los préstamos hipotecarios y pasa luego a tener rango legal en la Ley 2/2009. En ambas normas la nueva regla parece ostentar el papel de regla especial respecto a la regla general de la efectividad del servicio prestado, presente en la normativa de transparencia desde la Orden de 12 de diciembre de 1989 y que rige con carácter general para las *restantes* comisiones. Así, en el art. 5 Ley 2/2009, antes de su última modificación, podía leerse lo siguiente:

En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso

podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor. 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. *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.

De ello deduce el TS que la regla de la unicidad es la única que se aplica a la comisión de apertura y, en consecuencia, que la regla de la efectividad no rige para la misma.

Además de lo anterior, el TS afirma que la cláusula «no suscita dudas razonables acerca de su transparencia», por las siguientes razones: 1.º) Es de general conocimiento que las entidades de crédito suelen cobrar una comisión de apertura que se devenga en el momento de la concesión del préstamo, sobre el importe prestado, y se paga en ese momento inicial; 2.º) Se trata de uno de los extremos sobre los que la entidad está obligada a informar en las fichas normalizadas. Se incluye, además, en la publicidad; 3.º) El hecho de que se pague por entero en el momento inicial hace que el consumidor medio le preste especial atención, como parte sustancial del sacrificio económico que supone para él la obtención del préstamo (en esto consiste precisamente el control de transparencia); y 4.º) Suele tener una redacción, ubicación y estructura propia de los elementos esenciales del contrato.

Ha de decirse, no obstante, que este último alegato se lleva a cabo en *obiter dictum*, pues la cuestión no había sido debidamente planteada en la demanda y, por consiguiente, no podía discutirse en casación.

Sea como fuere, la doctrina fijada por esta primera STS de 23 de enero de 2019 es pronto asumida por muchas de las audiencias provinciales, cuyas sentencias reproducen, casi por completo, el tenor literal de aquella, sin apenas aportación propia [por ej., SSAP Baleares, Sec. 5.ª, de 15 de abril de 2019 (AC 2019, 713) y de 30 de septiembre (AC 2019, 2044) o SAP Barcelona, Sec. 15.ª, de 12 de mayo de 2019 (AC 2019, 557)].

Sin embargo, algunos de los argumentos esgrimidos de forma tajante por la sentencia de enero de 2019 han sido luego puestos en tela de juicio por el TJUE en respuesta a un conjunto de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos de instancia y por el propio Tribunal Supremo y que han dado lugar a dos conocidas sentencias de la Corte Europea, sin las cuales no se puede entender la STS de 29 de mayo de 2023.

La primera de ellas fue instada por un juzgado de Palma de Mallorca y en ella se incidía fundamentalmente en dos consideraciones discutidas por dicho órgano en relación con la sentencia de 2019: la consideración de la comisión de apertura como parte del contenido principal del contrato, que evita su sometimiento al control de contenido o abusividad si es transparente, y su ajuste real al contexto normativo existente.

Respecto al primer punto, pregunta el Juzgado proponente si es suficiente la inclusión de la comisión en la TAE para considerarla como parte del objeto principal del contrato, pues el TS había utilizado este argumento para conferirle dicha consideración. La STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224 y 259/19) contesta que dicho razonamiento se opone a la Directiva 93/13, pues «[e]l hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este». Nótese, sin embargo, que la pregunta a la que responde la Corte Europea está sesgada, porque, como se ha visto, este no era el único argumento que había utilizado el TS para fundamentar su calificación.

En segundo lugar, en relación con el «marco normativo» nacional regulador de las comisiones bancarias, la cuestión prejudicial plantea el posible incumplimiento del TS de la regla de la efectividad en la prestación del servicio, exigida por la normativa española para la imposición de las comisiones bancarias. A tal efecto, se acompaña un resumen de la normativa aplicable, que, no obstante, omite toda referencia a la norma específicamente dedicada a la comisión de apertura (la relativa a la unicidad). Se puede entender, pues, que el juicio del TJUE en este punto parte de otro sesgo, propiciado esta vez por el carácter incompleto de la documentación aportada por el Juzgado de Mallorca que eleva la cuestión prejudicial.

Con estos antecedentes documentales, el TJUE afirma que

una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.

Finalmente, en relación con el control de transparencia, aclara el TJUE 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». Esta afirmación se realiza en clara alusión a las afirmaciones realizadas en *obiter dictum* por el TS sobre la ausencia de «dudas razonables» acerca del carácter transparente de la cláusula.

Con esta sentencia de la Corte Europea el tratamiento de la comisión de apertura adopta un nuevo cariz en nuestro panorama judicial, pues algunos juzgados y audiencias proceden a modificar sus criterios anteriores, pasando a declarar la comisión como abusiva [SJPI Oviedo, de 27 octubre de 2020 (JUR 2020, 317504); SJPI Córdoba, de 21 de julio de 2020 (JUR 2020, 226760); SAP Las Palmas, de 21 julio de 2020 (JUR 2020, 220818), o SAP Baleares, Sec. 5.ª, de 24 de septiembre de 2020 (AC 2020, 1347)]. Según la última de las sentencias citadas, «[d]icha doctrina jurisprudencial [la de la STS de 23 de enero de 2019], que esta Sala había asumido, modificando su

criterio anterior de nulidad, consideramos que ha sido matizada de un modo relevante por la contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020».

Llegados a este punto, se presenta ante el TS otro recurso de casación frente a una sentencia de instancia que había considerado abusiva la cláusula de comisión de apertura. Ante este nuevo recurso el TS no puede ahora limitarse a reiterar el hilo argumental mantenido en su sentencia anterior de 2019, pues está obligado a resolver en congruencia con la interpretación mantenida por el TJUE en su sentencia de julio de 2020. Sin embargo, antes de proceder a la revisión de su doctrina, el propio TS decide elevar una nueva cuestión prejudicial y esperar a la respuesta dada por la Corte Europea para resolver el caso, movido por algunas inconsistencias que detecta en la formulación de la cuestión planteada por el Juzgado de Palma, singularmente la relativa al contexto normativo. La cuestión elevada por el TS se suma a otras dos planteadas por distintos órganos jurisdiccionales, que se agrupan con aquella para su resolución conjunta mediante la STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21).

En lo esencial, tres son las cuestiones que se suscitan y sobre las que da cuenta posteriormente la sentencia comentada de mayo de 2023. La primera afecta a la línea de flotación del argumentario generado por el TS en su primera sentencia de enero de 2019, pues reside en la posible inclusión de la comisión de apertura en el objeto principal del contrato. Y en este punto la Corte Europea se pronuncia con una claridad meridiana, reiterando algo que ya había anticipado en su primera sentencia, pero ahora tras haber tenido a su disposición una versión completa de la normativa española:

El artículo 4, apartado 2, 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 se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

Después de esto no es posible seguir manteniendo la tesis del objeto principal del contrato para sustraer la cláusula del control de abusividad (art. 4.2 Dva. 93/13/CEE). Y, en consecuencia, la STS de 29 de mayo de 2023 adopta y hace suyo de forma manifiesta el nuevo criterio de interpretación: «En este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente». Decae con ello el que habíamos denominado leitmotiv o idea fuerza de la STS de 23 de enero de 2019.

Además, el TJUE responde del siguiente modo a las otras preguntas planteadas por el TS en referencia al control de transparencia y al control de contenido: «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» (control de transparencia); y que la comisión de apertura «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» (control de contenido).

En definitiva, no cabe partir del presupuesto de que la comisión de apertura es de carácter transparente y, además, *per se* inocuo para el consumidor. Debe haber una constatación expresa de ambos extremos a partir de una investigación proactiva del juzgador.

En este punto, el TS lleva a cabo un repaso de los criterios emanados por la jurisprudencia de la Corte Europea sobre la cláusula de apertura — «o conceptos afines denominados de otra forma en otros ordenamientos» — para reconstruir su relato, llegando en esencia a las siguientes conclusiones.

En punto a la transparencia, el TS insiste en que la misma queda garantizada por el cumplimiento de la regla de la unicidad específicamente establecida para la comisión de apertura y que, por consiguiente, *no es necesario dar cuenta detallada de los servicios efectivamente prestados en la fase de estudio y concesión del préstamo*. Para ello se apoya en la dicción de varias sentencias del TJUE, que adoptan un criterio presuntivo de licitud, en especial la de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17), según la cual: «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 arts. 4.2 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»; y la Sentencia de 3 de septiembre de 2020 (TJCE 2020, 183), a cuyo tenor: «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’».

Además, de dicha jurisprudencia el TS deduce que, para determinar que la cláusula en cuestión no supera el control de contenido, debe atenderse básicamente a la comprobación de dos extremos: «(i) que 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».

Y es aquí donde el TS aplica la doctrina extraída al caso concretamente enjuiciado:

Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras 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. Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

Para determinar si los servicios retribuidos mediante la comisión de apertura son precisamente los que corresponden a la concesión del préstamo y no cualesquiera otros que hayan sido retribuidos ya mediante otras comisiones o intereses, descartándose la producción de solapamientos o la duplicidad de comisiones, el TS hace un análisis comparativo de los conceptos cubiertos por la apuntada comisión con los que se dicen satisfechos por otras distintas, y llega a una conclusión negativa:

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, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.

Se aferra, por consiguiente, a su afirmación de partida de que no es necesario que la entidad acredite la prestación de tales servicios, mediante una descripción detallada de los mismos y de su coste concreto. Se limita a descartar la existencia de un solapamiento con otras comisiones, utilizando de este modo un criterio negativo de determinación de la abusividad, es decir, si los servicios que razonablemente se entienden incluidos en la comisión de apertura no se retribuyen por ninguna otra comisión, no hay duplicidad y, por tanto, la exacción no es abusiva.

Finalmente, respecto al carácter proporcionado del importe de la comisión llega a la siguiente consideración: «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 %», si bien no indica ni aclara cuál es la fuente de la que obtiene una información tan relevante para la resolución del caso.

De todo lo anterior, concluye el TS que «en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva», lo cual le lleva a estimar el recurso de casación planteado por la entidad frente a la sentencia de la Audiencia estimatoria de la demanda, en lo relativo a la validez de la cláusula por la que se establece la comisión de apertura, habida cuenta de que, a juicio del alto Tribunal, la sentencia de instancia había limitado su análisis al hecho de que no se había justificado en el caso en qué consistieron los servicios que pretendían haberse retribuido con la comisión de apertura, «lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE».

Por el momento, los nuevos criterios establecidos por esta última sentencia han sido acogidos y aplicados por las sentencias de las audiencias, en términos casi idénticos, utilizando incluso el parámetro esgrimido por el alto Tribunal para determinar el carácter proporcionado del importe de la comisión, de contornos poco claros.

Así, por citar alguna de las sentencias recientes, se puede traer a colación la SAP, Salamanca, de 17 de julio de 2023:

En el contrato de préstamo se sitúa dentro de la horquilla media del mercado señalada por el Tribunal Supremo (0,25 % y 1,50 % del total del capital prestado), liquidándose de una sola vez y constando la misma en la escritura pública de la que da fe pública el notario autorizante, acreditando que es coincidente con las condiciones financieras de la oferta vinculante, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición del prestatario para su examen en la notaría durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura, ha de concluirse que la cláusula relativa a la comisión de apertura era fácilmente comprensible para el consumidor, pudiendo ser conocida por ésta la carga económica que supone, sin que exista solapamiento con otras comisiones por el mismo concepto. En consecuencia, advertido que la comisión de apertura resultó transparente y no abusiva, según los nuevos parámetros establecidos por el Tribunal Supremo debe estimarse el recurso de apelación para revocar la sentencia de instancia y, en consecuencia, desestimar íntegramente la demanda.

Con todo, atendiendo a los anteriores vaivenes que ha dado la jurisprudencia en este punto, y la existencia de una jurisprudencia menor discrepante y partidaria de aplicar con carácter general la regla de la efectividad del servicio prestado, no sería de extrañar, en absoluto, que vivamos otros episodios en los que se someta a nueva revisión lo hasta ahora establecido.

En este sentido, debe destacarse que el «contexto normativo» actual no es exactamente idéntico al anterior, pues hay ahora un sutil matiz que puede inducir a reinterpretar la relación existente entre las dos reglas descritas.

En la Sentencia de 29 de mayo de 2023, el TS confiere a la regulación contenida en la Ley 5/2019 en una interpretación análoga a las normas que anteriormente regían la cuestión, citando dos de sus reglas contenidas en el art. 14, habida cuenta de que se mantiene su tratamiento separado:

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 de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo [...].

Sin embargo, nótese que no se establece ahora ninguna relación expresa de excepción de la regla de la unicidad, aplicable a la comisión de apertura, respecto a la regla general del carácter efectivo del servicio prestado. Sencillamente, ambas reglas aparecen yuxtapuestas en los párrafos 3 y 4 del precepto. De ello se podría deducir que la regla contenida en el 3.º se configura como exigencia general de licitud, referida al control de contenido («Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones...»), a la que debe añadirse en el caso de la comisión de apertura una exigencia adicional, más relacionada con la transparencia, la establecida en el apartado 4.º. A esta interpretación podría conducir igualmente el hecho de que la propia Ley 5/2019 haya reformado el antes citado apartado 2 del art. 5 de la Ley 2/2009, haciendo desaparecer la excepción al principio de efectividad que la norma parecía establecer en relación con la comisión de apertura.

Rafael MARIMÓN DURÁ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat de València
Rafael.Marimon@uv.es