

## La comisión de apertura en los préstamos con garantía hipotecaria



Por [Jesús Sánchez García](#)

Se analiza a través del presente artículo la licitud de la cláusula de comisión de apertura en un contrato de préstamo al consumo y, en su caso, si la entidad prestamista debe justificar con carácter previo a la concesión del préstamo el coste que repercute al prestatario a través de la comisión de apertura de un préstamo con garantía hipotecaria.

La Sala 1ª del TS en su sentencia número 44/2019, de 23 de enero (Roj: STS 102/2019 – fundamento de derecho tercero, apartado noveno), en relación con la comisión de apertura resolvió que:

*“... la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.”.*

No obstante, el TJUE dictó la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, en la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia 17 de Palma de Mallorca, resolviendo la cuestión que se le planteó sobre la comisión de apertura en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, declarando en el apartado segundo de la sentencia que:

*“El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El 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. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con*

*independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado”.*

La Sección 2ª de la Sala 1ª del TS, mediante auto de 10 de septiembre de 2021 (Roj: ATS 10856/2021), planteó una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE, con relación a la comisión de apertura, fundamentando la misma que la respuesta que dio el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020, estuvo condicionada por un planteamiento distorsionado de la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE (FD 5º, ap 2º):

*“Sin embargo, a criterio de este Tribunal Supremo, la respuesta contenida en el apartado 3º del fallo de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia estuvo condicionada por un planteamiento distorsionado de la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia. Distorsión que afectó tanto a la exposición de la normativa interna española como a la exposición de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. 3.- En concreto, en cuanto a la exposición de la normativa interna, el órgano remitente únicamente trasladó el contenido de las normas que hacían mención a que las comisiones bancarias deben estar justificadas en la prestación de un servicio efectivo, pero omitió la norma que regula específicamente la comisión de apertura y establece para ella un régimen diferente al del resto de comisiones bancarias”.*

El TJUE ha resuelto la petición prejudicial planteada por la Sala 1ª del TS mediante sentencia de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21, declarando que:

*“1) 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.*

*2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.*

*3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula*

*contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

Hemos de partir de la premisa de que la comisión de apertura es *per se* lícita, como cualquier cláusula predispuesta, que no sea contraria al orden público comunitario o nacional, ya que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con los “gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo”, sin perjuicio de la comprobación que pueda hacer el juez de oficio o a instancia del prestatario.

El profesor Orduña Moreno, en su informe de 10 de enero de 2022 (redactado a petición del despacho Bufete Iribarren Ribas), ya afirmó que la comisión de apertura no forma parte integrante del “objeto principal” del contrato de préstamo hipotecario y, en consecuencia, conforme a la prevalencia de la jurisprudencia del TJUE, la comisión de apertura, como elemento accesorio, queda sujeta a juicio de abusividad por el posible desequilibrio de derechos y obligaciones que origine entre las partes contratantes.

El TJUE ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por la Sala 1ª del TS, mediante sentencia de 16 de enero de 2023, confirmando la sentencia de 16 de julio de 2020 y declarando, de nuevo, que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato y que la posible existencia de un desequilibrio debe ser objeto de un control efectivo por el juez competente de acuerdo con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El profesor Pantaleón Prieto afirma (Mar 20, 2023, en el Blog Jurídico Almacén del Derecho, 20 marzo 2023), que cuando la Sala 1ª del TS resuelva el caso por el que planteó al TJUE las cuestiones prejudiciales, ***“decidirá que la cláusula en la que se estableció una comisión de apertura de 845 euros para un crédito hipotecario de 130.000 euros no es abusiva”***. Y que ***así sucederá después en la absoluta mayoría, si no en la totalidad, de los casos de ese tipo sobre los que tenga que pronunciarse dicha Excma. Sala.”***

En la misma publicación, el profesor Pantaleón Prieto también vaticina que la litigación sobre el pretendido carácter abusivo de las cláusulas de comisión de apertura no va a desaparecer, ni a disminuir siquiera, sino que aumentará de manera significativa.

La sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, asunto C-565-21 tiene unos criterios confirmatorios respecto de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 y unos criterios

innovadores, que conviene tener presente a la hora de analizar la comisión de apertura en el futuro.

Entre los criterios confirmatorios cabe destacar:

1. **Es una cláusula accesoria.** La comisión de apertura no se refiere “a la definición del objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva (apartados 16 a 24). No es precio.
2. **No es necesaria una descripción precisa de los servicios.** El apartado 32 confirma, que la entidad financiera prestamista no está obligada a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura: bastará con que pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.
3. **El lugar que la cláusula ocupe en el contrato es relevante para enjuiciar la abusividad.** El apartado 46 indica que “la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula”.
- 4.
- 1.

Entre los criterios innovadores cabe destacar:

1. **El TJUE no exige que el banco demuestre que prestó los servicios al prestatario.** Los apartados 78 y 79 de la Sentencia de 16 de julio de 2020 son ahora “novados” por el apartado 58 (y precedentes) de la Sentencia de 16 de marzo 2023.
2. **La comisión de apertura no incide negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor** (apdo. 59).
3. **La doctrina del Tribunal Supremo sobre el “desequilibrio importante”, desarrollada en su Sentencia 44/2019, de 23 de enero, no se opone al derecho de la Unión.** Una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, regulada en la normativa nacional, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato (apdo. 61).
4. **La ocasional desproporción de una comisión de apertura debe medirse entre el importe del préstamo y el importe de la comisión** (apdo. 58).
5. EL TJUE tiene presente la nueva redacción del art. 4.2 de la Directiva 93/13, contenida en la **corrección de errores publicada en el DOCE L 17/2023, de 19 de enero de 2023.** Donde el artículo 4.2 utilizaba antes la conjunción negativa “ni” ahora se lee la conjunción copulativa “y” (i.e. ahora “**y servicios o bienes**” por el pretérito “**ni servicios o bienes**”).
- 1.

El juicio de razonabilidad se erige como clave esencial para analizar si la comisión de apertura puede ser declarada abusiva, por lo que habrá que preguntarse qué supuestos

podrían ser contrarios a ese juicio de razonabilidad que prescribe el TJUE para una comisión de apertura.

En la sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE ha matizado su doctrina respecto de la sentencia de 16 de julio de 2020 y no exige que la entidad financiera deba en cada caso concreto acreditar la realización de los servicios prestados y gastos incurridos para el cobro de la comisión de apertura, salvo que se realice un examen de oficio por el juez competente o a instancia del prestatario consumidor.

Y, en estos supuestos la carga de la prueba en un procedimiento judicial corresponderá a la entidad financiera, que deberá acreditar a través de la oportuna prueba pericial o mediante cualquier otro medio probatorio, los costes que está repercutiendo al consumidor.

Sobre el contenido efectivo de la citada prueba pericial, si conforme indica el TJUE estamos en una cláusula de carácter accesorio (sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21, apartado 23) que, por tanto, permite un enjuiciamiento en abstracto, la pericial debería acreditar los procesos que con carácter general tienen establecidos o desarrollados las entidades financieras o los establecimientos financieros de crédito para llevar a cabo los *“servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión”* (apdo. 58, STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C-565-21) y no la prueba de las actividades realizadas en el caso concreto (apdos. 53 a 57, STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C-565-21).

JESÚS SÁNCHEZ GARCÍA

Twitter: [@JesusFamilex](https://twitter.com/JesusFamilex)

<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/la-comision-de-apertura-en-los-prestamos-con-garantia-hipotecaria/>

12/05/2023