



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster en Abogacía

La problemática sobre la abusividad de la comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario

Presentado por:

Carmen González Paniagua

Tutelado por:

Pedro José Rubio Vicente

Valladolid, 22 de febrero de 2023

RESUMEN

En la actualidad, tras la declaración de nulidad de numerosas cláusulas contractuales se plantea la problemática sobre la abusividad de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura. Esta cuestión ha dado lugar a la aplicación de diferentes criterios: por un lado, la mayoría de las Audiencias Provinciales han venido declarando nula la cláusula de comisión de apertura mientras que el Tribunal Supremo considera que es válida y lícita dicha comisión. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sembró ciertas dudas sobre su validez. Todo ello genera una situación de inseguridad jurídica hacia el consumidor, pues dependiendo del criterio que se aplique podrá ver estimada o desestimada su pretensión. Por este motivo, es preciso dar una respuesta a esta controversia a través del examen de los controles que permiten apreciar si la cláusula de comisión de apertura es o no abusiva hasta que el TJUE vuelva a pronunciarse tras la última cuestión prejudicial planteada por nuestro TS.

Palabras clave: consumidor, entidad financiera, comisión, apertura, cláusula, transparencia, desequilibrio, buena fe.

ABSTRACT

Nowadays, after the declaration of nullity of numerous contractual clauses the problem arises about the abusiveness of the clause that imposes on the consumer the payment of an opening commission. This issue has led to the application of different criteria: on the one hand, most of the Provincial Courts have been declaring the opening commission clause null while the Supreme Court considers that said commission is valid and bids. However the judgment of the Court of Justice of the European Union, raised certain doubts about its validity. All of this creates a situation of legal uncertainty for the consumer, because depending on the criteria applied, they may see their claim upheld or dismissed. For this reason, it is necessary to provide a response to this controversy by examining the controls that allow us to assess whether or not the clause that imposes the payment of an opening commission on the consumer is abusive until the Court of Justice of the European Union to rule again after the last preliminary ruling question raised by our Supreme Court.

Keywords: consumer, financial entity, commission, openness, clause, transparency, imbalance, good faith.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CEE	Comunidad Económica Europea
FD	Fundamento de derecho
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
FIAE	Ficha de Advertencia Estandarizadas
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
LCCI	Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.
Nº	Número
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TIN	Tipo de Interés Nominal
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

I.INTRODUCCIÓN	5
II.-SUPUESTO DE HECHO	6
III.-ANTECEDENTES DE HECHO	8
1.- LAS COMISIONES EN LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, EN PARTICULAR LA COMISIÓN DE APERTURA.	8
2.- EL CÁLCULO DE LA COMISIÓN DE APERTURA	12
3.-MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	18
3.1- Regulación en la normativa española y europea.	18
3.2- Evolución jurisprudencial	21
IV.-FUNDAMENTOS DE DERECHO	27
1.-EL EVENTUAL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE COMISIÓN DE APERTURA.	27
2.-ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA SOBRE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA, A RAÍZ DE LAS SENTENCIAS DEL TS 44/2019, DE 23 DE ENERO DE 2019, Y DEL TJUE, DE 16 DE JULIO DE 2020, C-224/2019.....	29
2.1.-Control de transparencia formal y material.....	30
2.2.- El control de contenido o abusividad.	37
2.3.- Los gastos deben responder a un servicio efectivamente prestado por la entidad de crédito.....	44
3.-LA PROBLEMÁTICA SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES ABONADAS	47
4.-EL PREVISIBLE PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE TRAS LA CUESTIÓN PREJUDICIAL FORMULADA POR EL ATS, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2021	50
5. POSIBLES SOLUCIONES AL SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO.....	53
V. CONCLUSIONES	57
VI. BIBLIOGRAFIA Y WEBGRAFÍA.....	61
VII. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	63

I.-INTRODUCCIÓN

El presente dictamen jurídico tiene por objeto dar respuesta a la consulta formulada en el supuesto de hecho por nuestros clientes acerca del eventual carácter abusivo de la cláusula de comisión de apertura incluida en su contrato de préstamo hipotecario. Para ello, señalaremos los antecedentes de hecho planteando los distintos criterios que han venido estableciendo las Audiencias Provinciales hasta llegar al pronunciamiento del Tribunal Supremo y el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con posterioridad, se procederá a exponer los fundamentos de derechos donde se examinará la cláusula desde los prismas de la transparencia y abusividad, para comprobar si dichos controles fueron analizados por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019. El Alto tribunal dictó una sentencia un tanto sorprendente, a la vista de lo que las Audiencias Provinciales venían manteniendo al respecto. En esta sentencia estableció categóricamente que la comisión de apertura formaba parte del precio, por lo que no podría ser susceptible de someterse a un control de abusividad al ser un elemento que forma parte del objeto principal del contrato, con la única excepción de que no superase el control de transparencia. En consecuencia, como componente sustancial del precio del préstamo según el TS, la cláusula que establece la comisión de apertura parece estar excluida del control de contenido y solo puede ser sometida al control de transparencia (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Frente a esta posición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 16 de julio de 2020, obliga a revisar esta jurisprudencia, pues considera posible que la comisión de apertura pueda declararse abusiva. Todo ello, a la espera de que el TJUE vuelva a pronunciarse de nuevo ante la cuestión prejudicial planteada por el TS.

En definitiva, es preciso aclarar que este dictamen únicamente viene a dar respuesta en el marco de una situación de desequilibrio entre las partes contratantes, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y que proporcionó la debida información para que el cliente bancario comprenda las implicaciones económicas y jurídicas que conlleva la cláusula de comisión de apertura.

II.-SUPUESTO DE HECHO

Con el propósito de adquirir una vivienda familiar, D^a Mercedes y D. Antonio celebraron el día 20 de mayo de 2014 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad financiera “Banco Santander, S.A”. Dicha adquisición fue otorgada ante notario por una cantidad inicial de 195.000 euros, con un tipo de interés variable referenciado al EURIBOR, un diferencial de 0,6 puntos porcentuales, y un plazo de amortización de 360 meses (30 años). En la escritura se incluía una cláusula que imponía el pago a los prestatarios de una comisión por la apertura del préstamo hipotecario con el siguiente contenido:

CUARTO: COMISIONES. -----
Comisión de apertura: Esta operación está gravada con una comisión de apertura de **NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS (€ 975)**, liquidable y exigible desde luego a la firma de éste contrato. -----

Se establecía así el pago de una comisión del 0,5% sobre el límite total del crédito, que debía de satisfacerse en el acto de la firma del contrato, y por una sola vez, cuyo importe ascendía a 975 euros. En aplicación de esta cláusula, D^a Mercedes y D. Antonio se vieron obligados a satisfacer dicha cantidad, que, según la entidad bancaria, respondía a servicios efectivamente prestados por la concesión del préstamo.

La firma del contrato vino precedida de una serie de conversaciones, entre los clientes y el empleado de la sucursal de la entidad financiera. Dichas conversaciones tuvieron como objeto una somera información sobre el capital prestado, los plazos de devolución y el tipo de interés de las cuotas correspondientes, sin que se permitiera a D^a Mercedes y D. Antonio efectuar pronunciamiento alguno en relación a otros extremos del contrato que se iba a suscribir, como la cláusula descrita anteriormente, la cual fue impuesta sin posibilidad de negociación alguna, y sin que la entidad acreditase que la misma atendiese a unos servicios efectivamente prestados al cliente o a gastos habidos.

D^a Mercedes y D. Antonio se percataron a través de los medios de comunicación que dicha comisión había sido declarada abusiva por el Tribunal Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 16 de julio de 2020. Por este motivo acudieron el 20 de septiembre de 2020 a la entidad bancaria para intentar llegar a un acuerdo de manera amistosa respecto a la restitución de la cantidad abonada por este concepto, pero sólo obtuvieron una respuesta negativa a sus pretensiones. Esta circunstancia motivó que el día 10 de enero de 2021 acudieran a nuestro despacho para consultarnos si existía la posibilidad de recuperar el importe que abonaron por la comisión de apertura de su préstamo hipotecario.

Tras realizar un estudio previo del caso, les informamos acerca de la opción de realizar un **requerimiento extrajudicial fehaciente** de devolución del importe de la comisión de apertura. De este modo, se hizo entrega en la oficina de la sucursal donde negociaron su préstamo una reclamación fehaciente para que se reconociese la nulidad de la cláusula que imponía el pago de la comisión de apertura y el consiguiente reintegro de la cantidad correspondiente indebidamente satisfecha.

La entidad bancaria se limitó a contestar que dicha cláusula no es abusiva, sino que es perfectamente válida y lícita, ya que responde a la necesidad de las entidades bancarias de cubrir los costes que se generan como consecuencia de la apertura del préstamo. Todo ello es justificado por la entidad tomando como argumento la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, que confirmó su validez y vino a ratificar que dicha estipulación es claramente transparente.

Ante la rotunda negativa de la entidad financiera a avenirse a lo solicitado, se han visto obligados a requerir un nuevo asesoramiento jurídico con el propósito de interponer una demanda y en el que se valore las posibilidades de obtener una sentencia favorable por parte de los Tribunales que declare el carácter abusivo de la cláusula que les imponía el pago de la comisión de apertura por importe de 975 euros y sobre todo si se reúnen las condiciones para su restitución por la entidad.

III.-ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Las comisiones en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, en particular la comisión de apertura.

La contratación de un producto financiero conlleva una serie de gastos o comisiones asociados al servicio solicitado. En el caso que nos ocupa, como es sabido, en las negociaciones mantenidas con la entidad de crédito existen una serie de condiciones, cláusulas o estipulaciones que por su contenido y extensión hacen que su comprensión no sea del todo clara.

Las comisiones en general deben responder a servicios realmente prestados o gastos habidos, es decir, su abono debe tener un motivo o justificación como elemento contractual esencial. Esta cuestión ha generado dentro de la doctrina y en la jurisprudencia un debate sobre la posibilidad de declarar la nulidad de la cláusula de comisión de apertura por no responder a un servicio o gasto por parte de la entidad de crédito. El hecho de incluir en los préstamos hipotecarios cláusulas de dudosa transparencia como la de imponer al prestatario gastos o comisiones por la concesión del préstamo dio lugar a multitud de reclamaciones por parte de los afectados ante los tribunales planteando la acción de nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

Especialmente, tras la sentencia de la **Sala Primera del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre**¹, se reconoció la abusividad de la cláusula de gastos y la de muchas otras, ya que suponen un desequilibrio relevante para el consumidor que de haberlas conocido no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

Hoy en día existe un criterio jurisprudencial claramente consolidado en lo referente a la abusividad de la cláusula de gastos. No lo hay en cambio tanto respecto a la comisión de apertura. No obstante, antes de su análisis se procederá a hacer alusión al concepto general de comisión bancaria.

¹ Véase STS, de 23 de diciembre de 2015, Rec. 2658/2013.

El Banco de España nos ofrece una definición amplia, al señalar que “*son las cantidades que los bancos adeudan como contraprestación a los servicios que prestan*”². Se trata, por tanto, de los gastos derivados que supone cualquier tipo de transacción rutinaria que se produce entre el cliente y el propio Banco. No obstante, las entidades de crédito deben cumplir con una normativa con el objetivo de garantizar la transparencia e información al consumidor, para que la entidad pueda repercutir los gastos justificados.

Tradicionalmente en el sector bancario existe un amplio abanico de comisiones a la hora de contratar un determinado producto financiero. De todas ellas, las más comunes derivan de la celebración de un contrato de **cuenta corriente**. Es la forma cotidiana a través de la cual el cliente puede realizar ingresos e imputar gastos en una entidad de crédito utilizando el servicio de caja, lo que conlleva el cobro por parte de la entidad de una serie de comisiones en contrapartida, como por ejemplo: *de mantenimiento* – aplicación de una tasa por mantener el producto financiero-, *de administración* -por cada gestión cobra un porcentaje-, *por descubiertos* -cuando se dispone de saldo negativo o la cuenta bancaria permanece a cero -, *por transferencias bancarias*, etc.

No obstante, debemos mencionar la comisión que las entidades de crédito vienen aplicando por el simple hecho de ingresar en efectivo y por realizar pagos de recibos, que cobran al ordenante no titular de la cuenta bancaria. En relación con este tipo de comisión, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en su reciente sentencia de 26 de abril de 2022³, al apreciar una conducta abusiva por parte de la entidad bancaria demandada al no retribuir ningún servicio efectivo distinto del que ya es objeto de retribución por el cliente en la comisión de mantenimiento de la cuenta. Es decir, el Alto Tribunal entiende que existe un solapamiento en el cobro de comisiones y no aprecia la prestación de un servicio efectivo. El TS ordenó en consecuencia la eliminación de esta cláusula por ser contraria a la normativa de protección de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, centrándonos en el **préstamo hipotecario**, es la operación económica más importante que una persona se plantea a la hora de adquirir una vivienda,

² Véase Portal Cliente Bancario del Banco de España: <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/comisiones/que-son-las-comi/>

³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 2022, núm. 328/2022, Rec. 60/32/2018. Ponente: Sarazá Jimena, R.

ya que supone un gran esfuerzo económico. Este es el caso en el que se encuentran nuestros clientes. Con el deseo de adquirir su primera vivienda deciden acudir al Banco para solicitar un préstamo.

Las entidades bancarias (prestamistas), al conceder este tipo de préstamos a los clientes (prestatarios), ponen a su disposición una determinada cantidad de dinero -capital o principal- para la adquisición de una vivienda y a la vez exigen la constitución de una garantía que recae sobre el propio inmueble para garantizar su restitución. Por este motivo es fundamental que los futuros prestatarios conozcan previamente las operaciones básicas, así como los derechos y deberes que adquieren al contratar este tipo de productos financieros.

Esta transacción lleva asociada una serie de comisiones que responden a los servicios que las entidades de crédito han de realizar para determinar cuál sería el importe del préstamo que los prestatarios pueden obtener. Para ello, la entidad tendrá en consideración varios factores: la capacidad de pago del cliente, el valor de tasación de la vivienda y el porcentaje de financiación. Por tanto, existen una serie de gestiones que el Banco tiene que llevar a cabo previamente para poder conceder el préstamo hipotecario a sus clientes.

Este es el caso de la comisión de apertura, esto es, se fija un importe por los trámites que la entidad debe realizar correspondientes a la formalización de la operación y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados.

En relación con este tipo de comisión se ha suscitado el problema dentro de un amplio sector doctrinal y en la propia jurisprudencia, al cuestionar su papel en el precio del préstamo y los servicios que las entidades bancarias prestan en realidad a sus clientes. Todo ello con el objetivo de apreciar su posible abusividad.

Este debate parece haberse disipado en relación con otras comisiones que, junto con la comisión de apertura, aparecen recogidas en las escrituras notariales del préstamo con garantía hipotecaria, en la estipulación cuarta de nuestro supuesto de hecho. A continuación, se expondrá otro tipo de comisiones que las entidades de crédito cobran al prestatario, según la fase en la que se encuentre el préstamo o dependiendo de las

circunstancias o modificaciones que concurren en las relaciones entre las partes contractuales.

Esto es lo que sucede con la denominada “comisión por reclamación de posiciones deudoras”. Esta comisión supone que, por cada cuota impagada a su vencimiento, y una vez realizada la oportuna gestión personalizada con el cliente solicitando su regularización, el Banco devenga una comisión que es liquidada automáticamente en la cuenta del prestatario-deudor. El Tribunal Supremo en su Sentencia 566/2019, de 25 de octubre, declaró abusiva la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, siendo su importe de 30 euros.

En este caso, el TS establece dos requisitos para que las entidades bancarias puedan cobrar comisiones: “*que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente*”⁴ [F.J 4.2]. Y continúa en el Fundamento Jurídico 4, apartado 5º: “*Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados). Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias*”.

Otra comisión que la entidad puede cobrar al prestatario es la denominada “comisión por amortización anticipada, parcial o total, del préstamo hipotecario”. En este caso, el deudor amortiza una parte o la totalidad del préstamo pendiente de restitución antes de su vencimiento, debiendo satisfacer el prestatario un porcentaje sobre el importe del capital amortizado, lo que puede llevar a la extinción de la relación contractual en el caso de que sea total.

⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, núm. 566/2019, de 25 de octubre de 2019, Rec. 725/2017. Pte: Vela Torres, Pedro José. ECLI: ES:TS:2019:3315.

En definitiva, podemos observar los diferentes tipos de comisiones que se le impone al prestatario a la hora de contratar un préstamo hipotecario. Todo ello ha supuesto una profunda revisión de este tipo de cláusulas por parte de los Tribunales, quienes, caso por caso, han ido analizando si cada comisión impuesta por la entidad cumplía con una serie de controles, en relación con su transparencia, contenido y proporcionalidad, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en el mercado hipotecario.

2.- El cálculo de la comisión de apertura

El importe de la comisión de apertura repercutido a los clientes bancarios es uno de los conceptos más elevados al que tienen que hacer frente, pues, como se desprende de la propia cláusula, se liquida en el momento de la firma del contrato y de una sola vez englobando los denominados “gastos de estudio”.

Ante una solicitud de préstamo, las oficinas bancarias realizan una serie de gestiones, como por ejemplo solicitar a la Central de Riesgos del Banco de España (CIRBE) los datos del futuro prestatario, así como la de sus posibles fiadores. Todo ello responde a la necesidad por parte de las entidades de crédito de analizar los riesgos que supone este tipo de operaciones, lo que se traduce en tareas administrativas con el objetivo de estudiar, valorar y conceder el préstamo dependiendo de la capacidad de solvencia de cada cliente solicitante de este tipo de financiación en la adquisición de un inmueble.

Ahora bien, para poder calcular dicho importe, las entidades bancarias aplican un porcentaje fijo sobre el capital total concedido a los clientes. Así, en el supuesto de hecho controvertido, el Banco aplicó un 0,5% sobre el capital prestado, que ascendía a un total de 195.000€, cobrando a nuestros clientes la cantidad de 975 € en concepto de comisión de apertura de su préstamo.

De esta forma, no es lo mismo que se establezca una comisión de apertura del 0,50% u otra que establezca una comisión del 1%. De igual modo, cuanto mayor sea el capital solicitado por el prestatario, mayor será el importe que abonará en concepto de comisión de apertura. En cambio, algunas entidades de crédito optan por no cobrar dicha comisión, dependiendo de la política comercial de cada entidad.

Este método empleado por las entidades de crédito a la hora de fijar el importe de la comisión de apertura responde a la libertad de mercado que rige en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en aquellas operaciones bancarias cuyos importes estén en principio limitados por norma, como sucede con la cancelación o amortización anticipada de un préstamo hipotecario, no siendo el caso de la comisión de apertura.

Ahora bien, aunque las entidades bancarias puedan establecer libremente las comisiones que estimen oportuno por las operaciones o servicios que presten, siempre deben ser compatibles con la normativa bancaria a fin de garantizar la transparencia en las relaciones entidad-cliente. Precisamente, al objeto de poder comparar entre la variedad de condiciones y ofertas de préstamos hipotecarios en el mercado, estas entidades tienen el deber de poner a disposición del cliente una exhaustiva información precontractual que debe contener todos los términos económicos para su completa comprensión. En la práctica bancaria, se viene utilizando a estos efectos un indicador: la Tasa Anual Equivalente (en adelante, TAE).

La TAE se define en la Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, *sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*, en su artículo 4 apartado 15) como “*el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito (...) convenidos por el prestamista y el consumidor”*⁵. El cliente bancario suele confundir el tipo de interés nominal (TIN) -porcentaje fijo que se pacta como concepto de pago por el dinero, que no tiene en cuenta ningún tipo de gasto asociado a la operación⁶- y el coste real del crédito (TAE). De ahí la necesidad de establecer un precio único, y ese precio único calculado de la misma forma en toda la Unión Europea es la TAE. Es decir, se ha convertido en un índice de referencia para el consumidor, a fin de poder decidir previamente qué tipo de contrato, de entre todos los productos propuestos por las entidades crediticias, se ajusta más a su situación financiera.

⁵ Directiva 2014/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014.

⁶ Véase el artículo 315.2 Real Decreto, de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio: “*Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor*” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627&p=20220906&tn=1#art315>.

En la normativa española, la TAE está regulada en el artículo 4.2 de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* al definirla como “*aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que determine el Banco de España. (...) Esta información unificada estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente*”. En el mismo texto legal el artículo 7 contempla el deber de las entidades de crédito de aportar la información y la documentación contractual al cliente antes de formalizar el contrato.

Así pues, la TAE está formada por el tipo de interés remuneratorio (TIN), las comisiones y el resto de los gastos efectuados. Sin embargo, el hecho de que la comisión de apertura se incluya en la TAE (coste total del crédito), ha ocasionado un debate a la hora de determinar si forma parte del precio total del préstamo hipotecario. Esta cuestión ha originado dos visiones diferentes dentro de la jurisprudencia, concretamente entre el Tribunal Supremo español y, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por un lado, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de enero 2019, fundamenta la validez de la comisión de apertura en base a que forma parte del precio del préstamo y, por tanto, la cláusula de comisión de apertura forma parte del objeto principal del contrato.

En primer lugar, el Alto Tribunal señala que “*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*” [FJ 3º,9]⁷.

⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, núm. 44/2019, Sección Pleno, de 23 de enero de 2019. Rec. 2982/2018.

De esta forma, podemos entender que existen dos tipos de costes para las entidades al conceder este tipo de préstamos a los clientes, concretamente cabe destacar los siguientes gastos:

- El coste financiero: deriva del hecho de prestar el importe solicitado por el prestatario. Así, la función principal de las entidades de crédito, además de prestar dinero, es la de obtener rentabilidad para poder continuar con su actividad empresarial, motivo por el cual establecen un tipo de interés (fijo o variable) junto con la cuota principal que ha de pagar durante el plazo pactado el prestatario. Precisamente, la principal fuente de ingresos de las entidades se encuentra en los intereses remuneratorios que pagan los prestatarios durante toda la vida del préstamo.
- El coste por las gestiones preparatorias para su concesión. En este concepto se incluye la comisión de apertura como consecuencia de los gastos de estudio. Las entidades bancarias vienen justificando el cobro de una comisión de apertura en los préstamos debido a los gastos que conlleva realizar un análisis sobre la solvencia del deudor o el riesgo de la operación, consecuencia por ejemplo de la inflación y de otros aspectos que tenga lugar en la economía española durante el tiempo en el que esté vigente el contrato de préstamo hipotecario.

Esta posición del Tribunal Supremo es considerada acertada por algunos autores, como ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, pues la generación del préstamo produce una serie de gastos imprescindibles para la concesión del préstamo. Para este autor, considerar la comisión de apertura como una cláusula abusiva, supondría trasladar estos gastos de estudio al tipo de interés íntegramente, lo cual aumentaría el tipo de interés de todos los préstamos. Esta situación provocaría por tanto una ventaja para aquellos prestatarios que pudiesen anticipar el préstamo, en detrimento de aquellos otros que no pueden amortizar su préstamo anticipadamente, de suerte que éstos pagarían el coste de apertura de los primeros⁸.

⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S, “La comisión de apertura tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020”, en *Diario La Ley*, 2020, núm. 9688, de 3 de septiembre de 2020, Sección Tribuna, págs. 5-6.

Por otro lado, el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 [C-224/19 y C259/19]⁹ consideró que no formaba parte del precio, en contraposición al argumento del TS. La Corte de Luxemburgo entiende que la comisión de apertura es una prestación accesoria en el contrato de préstamo hipotecario. Así, en el fundamento jurídico núm. 64, se señala que *“No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (...). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.”*

Algunos autores, como RIBÓN¹⁰, comparten el argumento del TJUE, al entender que a la comisión de apertura se le debe otorgar el carácter accesorio en la medida en que su anulación permite no obstante la subsistencia del contrato. Por otro lado, esos *“gastos de estudio”* a los que aluden las entidades bancarias son actividades inherentes a su propio negocio, por lo que no pueden repercutir ese coste en concepto de comisión de apertura a los prestatarios. Para este sector doctrinal, el hecho de que la comisión de apertura esté integrada en la TAE no significa que el cliente (consumidor) comprenda en realidad en qué consiste esa *“tasa”*.

La mayoría de los interesados en la celebración de este tipo de contratos no le presta la suficiente importancia a la TAE, pues es un término de difícil comprensión, (salvo que se tenga determinados conocimientos financieros) y no incluye el cálculo del coste efectivo como gastos por la formalización del préstamo (notariales, registrales, impuestos, etc.) o gastos por seguros u otros productos vinculados al préstamo. Por lo general, el ciudadano medio presta mayor atención a los conceptos esenciales de la

⁹ STJUE, de 16 de julio de 2020 [C-224/19 y C259/19], que resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de Primera Instancia de Palma de Mallorca y Ceuta.

¹⁰ RIBÓN SEISDEDOS, E., “Comentario a la STS de 23 de enero de 2019 sobre la «comisión de apertura». Vientos de Luxemburgo” <https://blog.sepin.es/2019/01/sentencia-tribunal-supremo-comision-apertura>.

hipoteca como: el capital, la cuota, el tipo de interés, el plazo de amortización y las comisiones.

Partiendo de la normativa europea, y del argumento enunciado por el TJUE, es oportuno acudir al **artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**, ya que limita la apreciación del carácter abusivo de aquellas cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, siempre y cuando sean claras y comprensibles.

No obstante, hay que señalar que con anterioridad a la sentencia del TJUE y del pronunciamiento del TS, la mayoría de las Audiencias Provinciales de nuestro país declaraban nula la cláusula de comisión de apertura por abusiva al vulnerar los preceptos recogidos en la mencionada Directiva y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por otro lado, nuestro Alto Tribunal sostiene por el contrario que forma parte del objeto principal del contrato, lo que impide, como se desprende del precepto 4.2 de la Directiva 93/13 enunciada, un examen de su eventual abusividad al considerar que se trata de una cláusula clara y transparente.

Como se observa, no queda claro si la cláusula que incorpora la comisión de apertura forma parte del *objeto principal del contrato* de préstamo o si, por el contrario, es un *elemento accesorio*, con ocasión de poder realizar su control y apreciar su eventual abusividad. Esta cuestión será abordada en los siguientes apartados para poder determinar el posible carácter abusivo de la referida comisión debido a la polémica que se ha generado y no existir todavía un criterio clarificador sobre el asunto.

3.-Marco normativo y evolución jurisprudencial

3.1- Regulación en la normativa española y europea.

Desde hace más de dos décadas, se ha venido estableciendo en nuestro país un marco normativo de protección para los clientes bancarios con el objetivo de facilitar la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario.

En nuestro caso, la regulación que afectaba a la comisión de apertura pactada por Dña. Mercedes y D. Antonio, en el año 2014, se encontraba amparada en la **Orden Ministerial, EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios** y en la **Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.**

El art. 3.1º de la OM, de 28 de octubre de 2011, dispone en este sentido que *“Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habido”*.

De igual modo, la Circular 5/2012 del Banco de España ha desarrollado la normativa ministerial, ya que es el órgano facultado para dictar las normas precisas para la ejecución de esta orden. En concreto, se introduce en su norma sexta las obligaciones para alcanzar el deber de diligencia que impone a las entidades, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejorando los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones para evitar situaciones de sobreendeudamiento. Con tal fin, el Banco de España establece a través de esta Circular un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer un obstáculo de acceso al crédito a los ciudadanos interesados en adquirir una vivienda, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de las entidades de crédito.

De esta manera, mediante el conjunto formado por ambas disposiciones normativas, Orden y Circular, se configura un nuevo marco de conducta, que, dotado de una estructura sistemática, con vocación de permanencia y estabilidad, y claramente orientado a la protección de los clientes de los servicios bancarios, debería regir en las relaciones entre estos y las entidades de crédito. En este sentido, la Circular 5/2012 recoge en su norma duodécima la figura denominada “préstamo responsable” en desarrollo del artículo 18 de la OM, donde se establece una especie de código de conducta que toda entidad de crédito ha de cumplir en sus operaciones celebradas dentro del mercado hipotecario español.

El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de transparencia del préstamo hipotecario, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada, tanto de carácter precontractual como contractual, que el cliente debe ponderar antes de su contratación. Así, en la Orden Ministerial de 2011 cuando nuestros clientes debieron acudir a la oficina de su entidad bancaria, tendrían que haber recibido la información precontractual según el artículo 21, a través de la Ficha de Información Precontractual (en adelante FIPRE).

Pero especial mención merece la Ficha de Advertencia Estandarizada (FiAE) a la que alude el artículo 22, al señalar que es la información que debe proporcionar la entidad de crédito, con la debida antelación y de forma gratuita, a los clientes, como respuesta a la demanda de crédito de forma que les permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Respecto a la Oferta Vinculante, es preciso indicar que no deviene obligatoria para la entidad bancaria.

Ahora bien, la normativa ministerial sobre la información previa a la autorización del préstamo hipotecario ha sido objeto de modificación por la Ley **5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario**. Es decir, para aquellos contratos de préstamo suscritos a partir de la entrada en vigor de 16 de junio de 2019 la información deberá facilitarse mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN).

En todo caso, la existencia de una normativa sectorial bancaria no impide la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, (en adelante LCGC) ni el 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 (en adelante TRLCU). En particular, una corriente de Audiencias Provinciales declaraban la abusividad de la cláusula de la comisión de apertura al amparo precisamente del artículo 87, apartado 5º, del TRLCU, al establecer que será abusiva la cláusula que incorpore la facturación por separado de costes no repercutidos en el precio cuando no se adecúen al servicio efectivamente prestado o, si no son proporcionalmente adecuados, puesto que incide negativamente en el equilibrio prestacional al que se refiere el artículo 80 del TRLCU.

A pesar de la normativa aplicable, las entidades bancarias continuaron celebrando contratos de préstamos con garantía hipotecaria en los que se seguían predisponiendo este tipo de cláusulas. Ante esta situación, y dada la posibilidad de que se prolongara indefinidamente este tipo de reclamaciones judiciales, el legislador decidió solventar los conflictos generados con estas cláusulas estableciendo legalmente una regulación para las cláusulas conflictivas.

De este modo, en la **Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario**, en el artículo 14, apartado 4, se refiere a la comisión de apertura, donde se define como aquella que engloba *“la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionados por la concesión del préstamo”*. Hay que añadir que el mismo precepto, en su apartado 3º, se refiere al resto de comisiones que la entidad puede aplicar al cliente, siempre y cuando *“respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse”*.

En suma, existía y existe un claro reconocimiento legal expreso de la posibilidad de incluir una comisión de apertura en un préstamo hipotecario para remunerar todas las actuaciones previas llevadas a cabo por la entidad financiera para poner a disposición el capital solicitado por el prestatario, siempre y cuando responda a un servicio efectivamente prestado.

Por otro lado, no podemos olvidar la función que ha tenido el TJUE como garante de la adecuada interpretación de la Directiva 93/13 CEE, en especial en su Sentencia de 16 de julio de 2020. A raíz del pronunciamiento sobre la comisión de apertura por el TJUE, se ha llegado a plantear por algunos autores, como es el caso de ACHÓN BRUÑEN, la necesidad de modificar la jurisprudencia del TS¹¹.

3.2- Evolución jurisprudencial

La cuestión relativa a la posible validez o no de la cláusula de comisión de apertura resulta sumamente controvertida y tiene dividida a la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, que se decantan no obstante de forma mayoritaria por considerarla abusiva y nula en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores.

La primera corriente jurisprudencial aplica de forma automática los criterios del TS, argumentando la necesidad de realizar estudios de solvencia por la entidad prestamista e incidiendo en el servicio prestado o coste que conlleva para la misma.

En este sentido, la **SAP de León, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2018**, revoca la sentencia núm. 216/2017 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Ponferrada, en cuanto a la declaración de nulidad de la comisión de apertura, y para ello diferencia la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula suelo, que se funda en el control de transparencia, de la cláusula que estipula la comisión de apertura, fundada en un control de contenido:

“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). (...) 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

¹¹ ACHÓN BRUÑÉN, M. J, “Qué ha cambiado tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas”, en *Diario La Ley*, 2020, núm. 9700, 21 de septiembre de 2020, Sección Dossier, pág. 7.

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”¹².

En la misma línea, destaca la **SAP de Zamora, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2017**, donde en primera instancia se desestimó la demanda interpuesta por la prestataria en contra de la entidad Caja España, siendo revocada en relación con las demás cláusulas salvo la comisión de apertura junto a otras comisiones como la de cancelación anticipada y de reclamación de impagados, considerándolas totalmente válidas en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y en base al principio de libertad en la fijación de las comisiones amparado en la normativa de transparencia bancaria. [F.J 5º].

*“Pues bien, las tres comisiones impugnadas de apertura, cancelación anticipada y comisión de reclamación de impagados son comisiones que están publicadas, obedecen a la libertad de pactos entre las partes, están aceptadas en la escritura pública firmada por los prestatarios y obedecen a servicios efectivamente prestados, pues la comisión de apertura presupone el estudio que debe llevar a cabo la entidad bancaria para preparar la constitución del préstamo hipotecario (elaboración del expediente de concesión del préstamo, confección de la minuta al notario etc...)”*¹³.

Más cercana aún, la **SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 1 de diciembre de 2020**, también declara la validez de la comisión de apertura por entender que es legal, al encontrarse regulada en la normativa bancaria y por formar parte del precio, de modo que no podía ser sometida a un control de contenido o abusividad con arreglo a los artículos 82 y ss. del TRLCU. [FJ. 3º]

¹² SAP León, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2018, núm. 31/2018, núm. Rec. 579/2017, Ponente: Ricardo Rodríguez López.

¹³ SAP Zamora Sección 1ª, de 30 de marzo de 2017, núm. 101/2017, núm. Rec. 96/2016, Ponente: Pedro Jesús García Garzón. Roj: SAP ZA 150/2017 - ECLI: ES:APZA:2017:150.

“En consecuencia, de conformidad con nuestro TS, el principio de "realidad del servicio remunerado" se cumple, en el caso de la comisión de apertura, con la concesión del préstamo o crédito. No existe, por tanto, desequilibrio, ni mucho menos puede calificarse de importante. Es la propia Ley la que respalda la validez de la comisión de apertura y precisa qué servicios compensa, que son imprescindibles para la concesión del préstamo y en algunos casos vienen impuestos por las normas sobre la solvencia bancaria o por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2019 “solo si la entidad financiera externaliza esos servicios en agencias de intermediación podrá exigirse que demuestre la realidad del servicio y su coste”¹⁴.

Esta sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha mantenido el mismo criterio sobre la validez de la comisión de apertura. Así, en la reciente sentencia de 25 de febrero de 2022 alineándose con el TS e incluso recogiendo la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 (Asunto Matei) donde se examinaba un tipo de “comisión de riesgo”, en sentido parece establecer que la comisión de apertura *“constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE”*¹⁵.

Otro grupo de Secciones de Audiencias Provinciales considera por el contrario abusiva la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios. Esta corriente judicial estima que los trámites y el estudio de la viabilidad para la concesión del préstamo son actividades internas e inherentes a la actividad ordinaria de la entidad financiera, que no constituyen servicios reales y efectivos que puedan ser objeto de remuneración por el cliente bancario (prestatario) mediante la comisión de apertura.

¹⁴ SAP Barcelona, sec. 15ª, de 1 de diciembre de 2020, núm. 2548/2020, Rec. 423/2020. Pte: Pellicer Ortuz, Berta.

¹⁵ SAP Barcelona, sec. 15ª, de 25 de febrero de 2022, núm 360/2022, Rec. 67/2022 (FJ 2 apartado 22).

Entre estas Audiencia Provinciales se encuentran la **SAP de Ourense, Sección 1ª, de 12 febrero de 2019**, declarando la nulidad de la comisión de apertura sin duda alguna. [F.J 1º]¹⁶.

“En todo caso no se percibe que la comisión de apertura corresponda a un servicio o gasto real y efectivo y, además, si se considerase como gasto difuso inherente a la actividad de concesión de préstamos, tampoco se acreditó su proporcionalidad. Por todo ello la cláusula debe considerarse abusiva por falta de reciprocidad, al haberse fijado la comisión mediante un porcentaje en relación al nominal del préstamo, sin que conste causa alguna para su devengo, toda vez que la entidad bancaria no ha concretado cuál sea el servicio retribuido de entre los autorizados para la comisión de apertura”.

En esta misma sentencia la AP de Ourense declara la abusividad de la comisión de apertura, pues de la relación contractual del préstamo no se puede establecer qué tipo de servicio la entidad presta al consumidor en relación a esos “gastos de estudio”, por lo que introduce un nuevo argumento que debemos señalar: *“Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el sistema normativo de esta clase de contratos contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio, no puede percibirse qué tipo de servicio se le otorga al cliente, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Y si como gasto (de estudio y otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo) era difícil de entender, del mismo modo es difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio)”.*

Tras el pronunciamiento del TS, algunas secciones declararon la validez de la comisión de apertura, pero a partir de la STJUE retomaron el criterio anterior declarando la nulidad de la cláusula. Así se reconoce en **la SAP de Asturias, de 22 julio de 2021, Sección 1ª**, cuando se señala que *“Esta Sala, y de modo uniforme las diversas secciones civiles de nuestra Audiencia, reconociendo las serias dudas sobre la legitimidad de la comisión de apertura -porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen*

¹⁶ SAP de Ourense, Sección 1ª, núm. 40/2019, de 12 de febrero de 2019, Rec. 359/2018. Pte: González Movilla, María José.

referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria-, vinieron inclinándose por la declaración de la nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa a la comisión de apertura cuando no se demostraba que respondía a la efectiva prestación de servicios o gastos en que se hubiera incurrido. En tal sentido se expresa la propia resolución que se cita en la sentencia recurrida y a cuya argumentación nos remitimos en aras de evitar inútiles repeticiones. Tal criterio se modificó por esta Sala tras el dictado de la STS 44/2019, de 23 de enero, que, también sólidamente, argumentó en otro sentido y a cuyo contenido (fundamentos de derecho tercero y quinto) también nos remitimos en aras de la brevedad. Sin embargo, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) y al menos en tanto no hay un pronunciamiento con superior criterio, entiende esta Sala que debe volverse al inicial criterio”.

La mencionada sentencia de Asturias ha seguido el mismo criterio, especialmente sus secciones 1ª y 7ª, al ser citadas en la **SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 20 de abril de 2018**, donde se aprecia el mismo criterio sobre la nulidad de la condición referida a la predisposición de la comisión de apertura, sin que sea óbice el reconocimiento de la legalidad de dicha comisión cuando existan realmente los gastos que se pretenden repercutir. A mayor abundamiento, y en relación con la restitución de la cantidad abonada por los prestatarios, advierten que las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por los prestatarios hasta su reintegro por parte de la entidad financiera.

“En definitiva, dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) no se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad. Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera” [F.J 6º]¹⁷.

¹⁷ SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 20 abril de 2018, Rec. 1103/2017. Pte: Cobo Plana, Juan José. ECLI: ES:APGC:2018:7.

Tampoco convence la validez de la comisión de apertura en la Audiencia Provincial de Valladolid, según el criterio establecido por el TS, sino que se alinea con las sentencias de la AP de Las Palmas y de Asturias.

Así, antes del pronunciamiento del TS de 23 de enero de 2019, la **AP de Valladolid** declaraba en sus pronunciamientos la nulidad de la cláusula de comisión de apertura ,al sostener que el estudio que deben realizar las entidades de crédito para analizar la solvencia, revisar la documentación que acredita la capacidad económica de los solicitantes, solicitar la tasación del inmueble, entre otras gestiones, “(...) *no justifican el cobro de dicha comision al ser actividades internas de la entidad bancaria que por si mismas no proporcionan servicio alguno al cliente*”¹⁸.

Posteriormente, sigue la misma línea jurisprudencial. Como así puede observarse en sus recientes sentencias como la del 7 de abril de 2022, donde en este caso la parte actora (los prestatarios) desistieron de la pretensión de la declaración de nulidad y restitución de lo abonado en concepto de comisión de apertura debido al pronunciamiento del TS en su sentencia de 23 de enero de 2019 y debido esperada resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE.

*“Entendemos de una parte que en cierta medida la comisión de apertura puede incluirse dentro del concepto genérico de gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario a efectos del pronunciamiento sobre las costas, y de otra que el desistimiento de la acción de nulidad y restitutoria relativa a dicha comisión, que se ejercitaron en demanda con amparo en el criterio mantenido por esta Sala en reiteradas resoluciones, ha sido consecuencia del criterio jurisprudencial sentado por la STS no 44/2019 de 23 de enero”*¹⁹.

No obstante, la AP desestimó el recurso formulado por la representación procesal de la entidad bancaria, ratificando la declaración de nulidad de la comisión de apertura por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Valladolid.

¹⁸ SAP Valladolid, sec. 3a, S 21 de mayo de 2018, núm. 232/2018, Rec. 28/2018 (FJ 2).

¹⁹ SAP Valladolid, sec. 3a, S 7 de abril de 2022, núm. 200/2022, Rec. 671/2021 (FJ 2).

IV.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-El eventual carácter abusivo de la cláusula contractual de comisión de apertura.

Antes de proceder a examinar el carácter abusivo, debemos señalar el tipo de cláusula que configura la comisión de apertura, pudiendo agruparla en las denominadas “*cláusulas no negociadas individualmente*”. En la contratación bancaria, se ha ido sustituyendo los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos de préstamos hipotecarios por la contratación mediante condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada.

Este fenómeno de *contratación en masa* tiene su máximo exponente en nuestro ordenamiento jurídico en el contrato de adhesión. Es aquel cuyo clausulado se redacta por una de las partes sin intervención de la otra, viendo constreñida su libertad contractual a decir si acepta o no sus estipulaciones, es decir, en adherirse o no al contrato.

En el caso de nuestros clientes, la cláusula que establecía la comisión de apertura de su préstamo hipotecario respondía a una estipulación de carácter general, redactada de forma previa por la entidad bancaria, siendo aplicada en todos los contratos que la misma celebraba en su ámbito o giro. La aplicación de dicha cláusula era una condición imprescindible para poder adquirir el inmueble, lo cual debieron aceptar una vez informados del cobro de una comisión para proceder a la apertura de su préstamo.

Precisamente se cuestiona si en la negociación del préstamo los prestatarios recibieron la debida información y el tipo de servicio prestado por la entidad bancaria al abonar la problemática comisión de apertura de su préstamo con garantía hipotecaria. Uno de los argumentos de las entidades financieras en sus escritos de oposición se fundamenta en demostrar su correcto proceder, ofreciendo la debida información a sus clientes en el marco del código de buenas prácticas del Banco de España.

Una de las principales preocupaciones del legislador nacional y europeo tras la aparición de esta modalidad de contratación por adhesión, ha sido la de ofrecer mecanismos de protección para la parte más débil, el consumidor.

Por un lado, la normativa española ha regulado las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas principalmente en dos textos normativos básicos: en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, de 14 de abril de 1998 (LCGC), y en el 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 (TRLGDCU).

Y, por otro lado, en el derecho comunitario hemos de acudir nuevamente a la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993**, cuyo **artículo 3** pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. En su apartado 2º se establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente *“cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”*.

Ahora bien, estas cláusulas no tienen por qué ser abusivas. Así, en su apartado 1º del mencionado precepto, se señala que una cláusula no negociada individualmente es abusiva cuando, en detrimento del consumidor, cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Tanto la normativa europea como la española se han visto sometidas a una profunda revisión por los órganos judiciales con el fin de apreciar en las cláusulas contractuales incluidas en los préstamos hipotecarios su posible carácter abusivo. En la actualidad la jurisprudencia española y la europea han ido estableciendo distintos criterios a la hora de apreciar la abusividad de determinadas cláusulas incorporadas en los préstamos hipotecarios.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia 44/2019, de 23 de enero de 2019, examinaba la cláusula de una comisión de apertura que fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, por la representación procesal de la parte actora (consumidora), al desestimar el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Telde la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, siguiendo la misma tesis que más tarde sostuvo el TS, considerando que formaba parte del precio. Asimismo, el TS mantiene la validez de la cláusula partiendo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, donde se señala que no cabe apreciar el carácter abusivo de las cláusulas

cuando estas sean parte del objeto principal del contrato, siempre y cuando se redacten de manera clara y comprensible.

En contra, la AP de Las Palmas en su sentencia de 20 abril de 2018 consideró que la solicitud de un préstamo, el cual conlleva un estudio pormenorizado de las condiciones y los riesgos de la operación crediticia, constituye una actividad interna propia de la entidad bancaria y no proporciona servicio alguno al cliente bancario. Siendo este el criterio mayoritario seguido por las Audiencias Provinciales de nuestro país.

Por este motivo, ante los vaivenes jurisprudenciales se plantearon sucesivas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Así, el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia de Ceuta mediante autos de 12 de marzo de 2019 y de 13 de marzo de 2019, respectivamente, plantearon una cuestión prejudicial ante el TJUE, dictando sentencia el 16 de enero de 2020 ratificando los argumentos mantenidos por las Audiencia Provinciales a favor de la nulidad de esta comisión y en contra de la posición mantenida por el Alto Tribunal español.

2.-Argumentos a favor y en contra sobre la validez de la cláusula de comisión de apertura, a raíz de las sentencias del TS 44/2019, de 23 de enero de 2019, y del TJUE, de 16 de julio de 2020, C-224/2019.

La jurisprudencia ha venido analizando en el tratamiento jurídico de las condiciones generales de la contratación lo previsto en la propia normativa, en concreto LCGC, en base a los controles para comprobar la licitud de una cláusula contractual pactada entre la entidad financiera y el consumidor. El TS en sus recientes sentencias ha venido estableciendo la superación de varios controles: inclusión, contenido y transparencia²⁰.

Para que una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, sea válida y produzca efectos, debe superar estos controles. El problema en relación con la comisión de apertura ha surgido en la dificultad de apreciar si la cláusula ha superado el control de transparencia sustantiva o comprensión real por el consumidor y el control de contenido o abusividad en el equilibrio de las prestaciones. En este caso, la dificultad se encuentra sobre todo en afirmar si estamos ante un servicio efectivamente prestado al consumidor.

²⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, 2020, Cizu Menor, editorial Aranzadi, cap. I, págs. 40-42.

2.1.-Control de transparencia formal y material.

La primera cuestión que se plantea es, si la información que se facilitó al tiempo de la celebración del contrato a nuestros clientes por parte de la entidad bancaria cubre las exigencias mínimas del conocimiento de la comisión de apertura. Máxime, cuando se trata de un producto financiero como es el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas para los consumidores es reducida.

Con tal fin, para que el consumidor pueda comprender la cláusula que establece la comisión de apertura es necesario que esta sea transparente, clara y precisa. En el ordenamiento jurídico español muchas disposiciones mencionaban ya la *transparencia* en los preámbulos y en las exposiciones de motivos. Así, por ejemplo, la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, por la que se transpone la Directiva UE 93/13, de 5 de abril de 1993, alude en su artículo 5 apartado 5º a la transparencia, señalando que las condiciones incorporadas de modo *no transparente* en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

No obstante, hemos de señalar que no existe un concepto o definición de *transparencia*, ya que únicamente se establecen en el mencionado precepto los requisitos que ha de reunir toda cláusula predispuesta para su incorporación en el contrato, debiendo estar redactadas de forma transparente, clara, concreta y de forma sencilla.

De lo anterior se deduce la necesidad de comprobar si la cláusula de comisión de apertura supera el control de transparencia, ya que su valoración entra dentro de las facultades propias de la función jurisdiccional de nuestros jueces y magistrados. Precisamente la jurisprudencia del TS ha venido desarrollando el control de transparencia refiriéndose a él como un control de inclusión o incorporación que, ante la existencia de una condición general en el contrato, conlleva la necesidad de que esté redactada de forma comprensible para el consumidor.

A medida que se iban planteando sucesivas acciones de nulidad de las cláusulas contractuales en los contratos de préstamo hipotecario ante los tribunales, sobre todo a

raíz de los pronunciamientos del TS, el propio órgano fue desarrollando dicho control hasta poder distinguir un **control de transparencia formal y otro material**.

Así, en su sentencia de **9 de mayo de 2013**, el TS al analizar la denominada “cláusula suelo”, declaró su abusividad al comprobar que la entidad de crédito incluyó “*de forma sorpresiva para el consumidor*” una estipulación en el contrato que limitaba a la baja la variación del tipo de referencia del préstamo, con lo cual no permitía al consumidor percatarse de la trascendencia económica que suponía el contrato con cláusula suelo²¹.

Se puede observar en la citada sentencia cuando alude al “*doble filtro de transparencia en contratos con consumidores*”. En su fundamento jurídico duodécimo concluye razonando la falta de información suministrada al consumidor, al considerar que la cláusula no superaba el control de transparencia formal o gramatical.

“En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas”.

En la STS de **23 de diciembre de 2015**, en la misma línea jurisprudencial apreciaba la abusividad de la cláusula que atribuía los gastos de formalización de la hipoteca al prestatario, al estar “*redactada de forma abierta y con vocación omnicomprendiva*”, lo que evidenciaba su falta de transparencia a la hora de establecer los derechos y obligaciones de las partes²².

²¹ STS, de 9 de mayo de 2013, Fundamento de Derecho 13, pág. 54.

²² Véase STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, Rec. 2658/2013, Ponente: Vela Torres, Pedro José. (ECLI: ES:TS:2015:5618).

Más tarde, en la **sentencia de 23 de enero de 2019** examinó la transparencia formal y gramatical de una cláusula de comisión de apertura en los mismos términos que la redactada en el supuesto de hecho que afecta a nuestros clientes. El TS entendió que estaba transcrita de forma clara, transparente y sencilla, tratándose de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios. De esta forma, viene a justificar la superación del **control de transparencia formal**, en el sentido de que su redacción permite una comprensión gramatical por “*un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”.

Hay que señalar que la falta de transparencia no fue uno de los motivos alegado en el recurso de apelación planteado por la representación procesal del recurrente (consumidor-prestatario) ante la AP de Las Palmas. A pesar de ello el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación, comprobó la comprensibilidad de la cláusula.

Así, en primer lugar, podemos apreciar una visión diferente en la jurisprudencia del TS en relación con la cláusula de comisión de apertura. Si bien es cierto, haciendo una comparativa, cabe afirmar que la comisión de apertura ha tenido siempre una cobertura normativa bancaria, a diferencia de lo ocurrido con las conocidas *cláusula de gastos o cláusula suelo*. Sin embargo, el hecho de que tenga una cobertura legal no quiere decir que no pueda someterse al examen de transparencia o abusividad, es decir, es necesario someter su contenido a los controles regulados en la normativa para la defensa de los consumidores.

En segundo lugar, según el criterio del TS la idea de “cláusula sorpresiva” u “omnicomprensiva” que mantuvo anteriormente en relación con la cláusula gasto y suelo, no puede apreciarse en relación con la comisión de apertura. No obstante, todas ellas aparecen recogidas en la misma escritura, lo que habitualmente en las negociaciones previas el consumidor no le presta atención a la multitud de cláusulas que reúne el contrato de préstamo hipotecario.

Ello no justifica, como pretende el TS, que por el hecho de que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, el consumidor comprenda en qué consiste la comisión, es decir, no recibe la adecuada y concreta información de las consecuencias de

su pago, ya que es una cantidad que se abona por un “servicio” supuestamente prestado por la entidad bancaria.

Por su parte, la sentencia nº 44/2019 del TS señala que *“es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información”*. Finalmente, señala el Tribunal Supremo que *“la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”*²³.

Ahora bien, la mayoría de los consumidores no cuentan con los conocimientos financieros precisos para poder comprender la terminología que las entidades financieras emplean en las negociaciones previas a la formalización del préstamo hipotecario, sobre todo al hablar de tipos de interés, gastos, comisiones, etc. En muchas ocasiones se insta la necesidad de dotar a la ciudadanía de una adecuada educación financiera, pues el “consumidor medio”, es decir, con independencia del perfil del cliente bancario, no cuenta con las herramientas necesarias para poder comprender las implicaciones financieras que conlleva firmar un préstamo hipotecario.

Precisamente, en cuanto a la **transparencia material** de la comisión de apertura, el TS justifica la superación de dicho control, al no poder pasar desapercibida para el consumidor medio, al ser un concepto consagrado por la normativa bancaria y que habitualmente está presente en las ofertas, publicidad y comparadores de préstamos hipotecarios. Este aspecto ha generado un análisis más detallado en el sentido de cómo comprobar si el consumidor puede llegar a comprender el contenido de la cláusula, aunque esté redactada de forma clara, precisa y concreta, le permita valorar la “carga económica”²⁴.

²³ STS, de 23 de enero de 2019 (FJ 5º apartado 6º).

²⁴ ARTIGOT GOLOBARDES, M., “La relación entre cotes y precios en los contratos de hipoteca y su relevancia en el análisis de abusividad: la comisión de apertura”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 6 de octubre de 2018, págs. 7-8.

La comisión de apertura puede “*alterar la percepción real del esfuerzo económico*”, como sostiene RIBON²⁵. Es decir, la información que reciben los prestatarios a través de la TAE en las negociaciones les impide conocer exactamente el precio total y elegir el producto más barato. En la mayoría de los supuestos analizados por las AP no se ha llegado a demostrar que las entidades de crédito facilitarán al cliente la información personalizada al cliente (incluso a través de la actual FEIN²⁶).

A pesar de ello, la información deberá ser personalizada, ajustándose por tanto a las características del cliente y sin que sean admisibles formularios de información estándar que no permitan al prestatario tener un conocimiento completo de las condiciones y de la carga económica y financiera que tendrá el crédito. Se trata, en definitiva, de garantizar la plena transparencia de la operación financiera

Ahora bien, acudiendo al mercado financiero, el importe correspondiente a la comisión de apertura es una cantidad de dinero que no se descuenta del precio total del préstamo concedido y en principio responde a unas gestiones que toda entidad de crédito debe realizar para conceder el préstamo. Es una práctica habitual por parte de las entidades financieras cuantificar dichas gestiones en un importe una vez aplicado un porcentaje al capital solicitado por los clientes, futuros prestatarios.

Esta tesis es defendida en relación con el argumento del **TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020**, donde va más allá de la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible, sino que ha de entenderse también como una obligación para quien redacta la cláusula predispuesta en los contratos –las entidades de crédito– de exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

²⁵ Cfr. RIBÓN SEISDEDOS., “Comentario a la STS de 23 de enero de 2019...”, cit., págs. 1-2.

²⁶ Véase, Ficha Europea de Información Normalizada a partir de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, contenida en el Anexo I.

La entidad de crédito se limita, sin embargo, a dar una información escasa sobre el funcionamiento de la cláusula, ordenando a los clientes el pago de una cantidad, pero sin justificar que dicho pago obedece realmente a un servicio realizado.

A raíz de este pronunciamiento, parece que afloró dentro de la doctrina la idea de modificar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Como ya señalamos con anterioridad, este es el caso de ACHON BRUÑEN, quien considera que el TS no debe tomar como base el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que limita y no permite realizar un examen global, ya que es el juez nacional el que debe comprobar en cada caso, si la entidad financiera ha proporcionado la suficiente información del funcionamiento de la cláusula que le obliga a pagar una comisión de apertura al consumidor²⁷.

En contraposición a este argumento, PANTALEÓN MUÑOZ²⁸ considera que la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 no viene a modificar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Este autor considera irrelevante someter la cláusula de comisión de apertura al examen del control de transparencia formal y material, al no ser abusiva conforme al artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y del artículo 82.1 TRLDCU. Considera que la cláusula de comisión de apertura no causa detrimento alguno al consumidor ni se da un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes al ampararse en la normativa aplicable.

Es cierto que en la fecha en la que nuestros clientes pactaron la cuestionada comisión estaba en vigor la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, que regulaba en su artículo 5 la comisión de apertura²⁹. Disposición que ha sido recientemente modificada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, donde aparece en el artículo 14. Tanto la anterior como la actual

²⁷ Cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., “Que ha cambiado tras la Sentencia del TJUE...”, cit., pág. 7.

²⁸ PANTALEÓN MUÑOZ, F., “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 14 de septiembre de 2020, pág. 17.

²⁹ Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, publicado en el BOE núm. 79, 1 de abril de 2009.

regulación exigen que la comisión de apertura debe responder a un servicio efectivamente prestado y no podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

En esta misma posición, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA³⁰ entiende que el hecho de que sea una cláusula habitual sería incompatible con ese carácter sorprendente. Es decir, solo se puede demostrar la falta de transparencia de la comisión de apertura cuando dependa de que se den determinadas circunstancias sorprendidas para el consumidor.

De lo expuesto podemos observar que el control de transparencia es un parámetro o instrumento que permite calificar como abusiva la cláusula de comisión de apertura³¹. En términos generales, no es un control del consentimiento contractual sino de la información precontractual debida a los consumidores, pues toda condición incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser objeto de análisis de abusividad a la luz de la Directiva Europea 93/13 y, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de los defectos de esa información, por las normas de derecho interno³².

En resumen, la transparencia de las cláusulas contractuales en un contrato de préstamo hipotecario se basa fundamentalmente en el acceso a la información por parte de los sujetos que intervienen en él. Un mercado transparente es aquel en el que todos los participantes tienen información exacta y sin coste alguno. Es decir, en el que oferentes y demandantes conocen el precio y las características del producto que se ofrece en el mercado, que en este caso es el préstamo hipotecario.

³⁰ Cfr. ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S., ““La comisión de apertura...””, cit., pág. 3.

³¹ Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “*El control de transparencia...*”, cit. págs. 49-51.

³² PANTALEÓN MUÑOZ, F., “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 4 de febrero de 2020.

2.2.- El control de contenido o abusividad.

Una vez analizado el primer control de transparencia de la cláusula controvertida en la sentencia de 23 de enero de 2019, cabe preguntarse si de la misma manera superaba el de abusividad. En relación con este apartado, debemos partir de una cuestión problemática como es la improcedencia de someter a control de contenido o abusividad las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato, como así lo entiende el TS.

Parece deducirse del pronunciamiento del TS que, si el consumidor ha prestado la suficiente atención a los elementos esenciales del contrato, no cabe someter dicha cláusula al examen de su posible carácter abusivo. Así, en su fundamento jurídico tercero, enuncia en su decisión que *“la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia”*. El TS, influenciado por el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13**, parece no realizar un examen más profundo sobre la adecuación de la cláusula pues considera que la comisión de apertura de un préstamo hipotecario es un elemento esencial del contrato y cuenta con una regulación precisa en nuestro derecho interno.

Más adelante, en el fundamento jurídico veintiuno, el TS afirma la **exclusión del control de contenido** de la cláusula de comisión de apertura. De lo contrario, el TS estaría vulnerando la propia Directiva 93/13, pues no procede que el juez realice un control de precios. Tal exclusión reside en el principio de libertad de precios, esencial para el funcionamiento del mercado y de la defensa de la competencia. No obstante, debemos recordar la propia sentencia del TS cuando apreció la abusividad de la *comisión por reintegro en efectivo realizado por terceras personas*. En este caso, en contra de lo argumentado por la parte recurrente (la entidad bancaria), la Sala consideró la necesidad de examinar el control de abusividad pudiendo realizarse un control de contenido cuando la cláusula no este redactada de manera clara y comprensible³³.

En el caso de la comisión de apertura, como se puede observar el TS no entra a valorar el control de contenido o abusividad, en base al principio de libertad de precio. Ahora bien, esto no justifica el hecho de que no se pronuncie sobre la falta de

³³ VELA TORRES, P.J., “Acción de cesación en materia de cláusula abusivas. Comisión de ingreso en efectivo”, en *Diario La Ley*, nº 10103, Sección Comentarios de Jurisprudencia, 5 de julio de 2022, pág. 3.

proporcionalidad del importe con el supuesto servicio de gestión que las entidades bancarias no pueden demostrar haber realizado efectivamente.

Algunos autores consideran en esta línea que el TS no realiza el adecuado control de proporcionalidad o adecuación de la cláusula de comisión de apertura. Así lo sostiene la Magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Palma de Mallorca, POVEDA BERNAL, para quien la proporcionalidad no estaría probada en el caso de la comisión de apertura ya que *“la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura”*³⁴. Es decir, esta postura para algunos como BALLUGERA GÓMEZ sostienen que la entidad de crédito podría llegar a cobrar dos veces por los mismos costes por la entrega del capital solicitado³⁵.

Este criterio es el mantenido por la Sección 4ª de la AP de Las Palmas, cuyo recurso de casación responde la sentencia 44/2019 del TS, añadiendo el argumento de que no se aprecia el tipo de servicio que la entidad de crédito presta al cliente bancario. El motivo para declarar la abusividad, y por tanto la nulidad de la cláusula referente a la comisión de apertura, se centra en señalar que el importe abonado en concepto de comisión de apertura es desproporcionado con el servicio prestado por la entidad, es decir, el estudio previo a la concesión del préstamo, gastos que se repercuten al cliente y cuantos otros, son inherentes a la actividad propia de las entidades financieras.

No obstante, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero, contradiciendo esta línea jurisprudencial notablemente asentada en las Audiencias Provinciales, viene a establecer que la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de un servicio por parte de la entidad de crédito y no la repercusión de un gasto debido.

³⁴ POVEDA BERNAL, M. I., “Gastos y comisiones asociados a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria en la LCCI. Análisis desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios” en AA.VV., *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (est. coord. por Castillo Martínez), Madrid, 2020, pág. 1106.

³⁵ BALLUGERA GÓMEZ, C., “Cobrar dos veces por lo mismo no debería ser legal. Breve comentario de urgencia de la STS 44/2019 de 23 de enero, sobre la validez de la comisión de apertura”, en *Actualidad Civil*, nº2, febrero de 2019. Pág. 6.

Este criterio no es contrario a la tesis que mantuvo el propio TJUE en sus Sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, al comprobar en cada caso la **ausencia de baremo o criterio jurídico** que pueda delimitar y orientar el control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad-precio de un bien o un servicio.

Así, en la sentencia de 30 de abril de 2014 (asunto Kásler C-26/13), el Tribunal de Justicia mantuvo que la cláusula que establecía la aplicación del tipo de interés en divisas, que sería la aplicable para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, formaba parte principal del contrato. No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado también que este principio de interpretación conforme al Derecho nacional tiene determinados límites.

En este contexto debemos señalar lo expresado en el fundamento jurídico 65 *“la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional”*.

Conviene recordar la sentencia de 26 de febrero de 2015 (asunto Matei C-143/13), donde el TJUE consideró como elemento principal del contrato una cláusula que permitía modificar unilateralmente al prestamista el tipo de interés, estableciendo una “comisión de riesgo”.

No obstante, el tribunal europeo tampoco dio una respuesta precisa a la cuestión planteada en las sentencias mencionadas, ni estableció un criterio para apreciar cuándo una cláusula forma parte del objeto principal del contrato o, más bien, tiene un carácter accesorio, sino que concluyó que sería el tribunal remitente a quien le corresponde *“apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista”*³⁶. Este criterio es el mantenido en la mayoría de las sentencias dictadas

³⁶ STJUE de 26 de febrero de 2015, Asunto *Matei*. FJ 54.

por la Corte de Luxemburgo remitiendo la obligación de comprobar si superan o no los controles al juez nacional.

Asimismo, la sentencia del TJUE de 9 julio de 2020 (asunto C-81/19 Banca Transilvania S.A) resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Rumania sobre una cláusula de refinanciación en moneda extranjera del préstamo pactado por la entidad bancaria y el cliente. En este supuesto la Corte de Luxemburgo excluye, sin embargo, la aplicación de la Directiva 93/13 al estar regulada por una norma de Derecho nacional³⁷.

Es preciso señalar en este punto la reciente sentencia del propio TJUE de 17 de noviembre de 2021 al analizar la cláusula del IRPH, que consiste en un índice de referencia para calcular los intereses variables en los préstamos hipotecarios³⁸. En este caso el TJUE dictó sentencia considerando que el IRPH de las hipotecas es válido y cuenta con una normativa que regula dicho índice. Para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el *Euribor*). El control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

Dicho Tribunal ha mantenido lo siguiente: *“en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el IRPH se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta”*³⁹. Para continuar en su FJ 57: *“Por lo tanto, una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede*

³⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, FJ 48.

³⁸ ATJUE, Sala Novena, de 17 noviembre 2021, C-655/2020. (Gómez del Moral Guasch). Ponente: Jürimäe, Küllike, ECLI: EU:C:2021:943.

³⁹ Véase, STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 3 Mar. 2020, C-125/2018. ECLI: EU:C:2020:138.

ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador”.

No obstante, retomando el pronunciamiento del TJUE, de 16 de julio de 2020, en relación con la comisión de apertura, sus considerandos 78 y 79 establecieron una serie de parámetros para concluir sobre la abusividad de la cláusula contractual: la buena fe y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se derivasen del contrato.

Precisamente, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los **artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13**, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia.

Acertadamente, si acudimos a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, podemos observar que ese “justo equilibrio” al que se refiere la doctrina del TJUE se convierte por el legislador español en “desequilibrio importante en los derechos y obligaciones”⁴⁰. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causaría ese desequilibrio “*contrariamente a las exigencias de la buena fe*”, la AP de las Palmas parece observar que, aunque el artículo 87.5 TRLCU permite al empresario cobrar por los costes no repercutidos en el precio al consumidor, debe existir una cierta proporcionalidad entre el coste y el servicio efectivamente prestado, puesto que se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el artículo 80 del TRLDU⁴¹.

Por el contrario, el TS no acepta este argumento defendido por la AP de Las Palmas, pues, siguiendo ese criterio, para que el banco pudiese cobrar la comisión de

⁴⁰ Véase art 82.1 TRLDU.

⁴¹ Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 20 de abril de 2018, Rec. 1103/2017, Ponente: Cobo Plana, Juan José (ECLI:1PGC:2018:7), F.J 6º.

apertura, tendría que externalizar en una tercera entidad el estudio del préstamo hipotecario.

En relación con la externalización del servicio prestado por la entidad de crédito para gestionar los estudios previos a la concesión del préstamo, podemos acudir nuevamente a la LCCI, donde el legislador ha regulado a partir de su entrada en vigor en el 2019 la intermediación de crédito. Sin embargo, genera incertidumbre pues en este caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por una tercera entidad, que seguramente pertenecería también al mismo grupo societario. Hay que recordar que dicho coste se tendría en cuenta a la hora de calcular la TAE pudiendo producirse una duplicidad de gastos en concepto de comisiones o incentivos, ya que el prestamista solamente debe “informar” de su importe al prestatario.

A colación de lo anterior, debemos mencionar el papel del legislador ante el problema suscitado debido a la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura. La ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario (LCCI) introduce importantes novedades, que en términos generales pretendían mejorar la situación de los prestatarios. Así lo hizo en relación con la cláusula que permite la amortización parcial o total del préstamo. En el artículo 23 de la citada ley, se establece una comisión que el prestamista puede percibir en el caso de que el deudor decida reembolsar anticipadamente el préstamo con el motivo de producirse una pérdida financiera, con un límite del 0,15% del capital reembolsable anticipadamente durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo o un límite del 0,25% del capital reembolsable durante los 3 primeros años de vigencia del contrato.

Esto supone un avance importante, parece que el legislador viene a establecer ciertos límites a la hora de cobrar por parte de las entidades bancarias importes cuyo concepto responden a un supuesto servicio prestado al cliente. aunque no viene a solucionar el problema, pues la mayoría de los prestatarios no cuentan con los recursos económicos suficientes para poder reembolsar las cuotas de sus préstamos anticipadamente y más, al inicio del préstamo⁴².

⁴² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La amortización anticipada del préstamo hipotecario en la Ley de Crédito Inmobiliario”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 12 de junio de 2019.

No obstante, en relación con la comisión de apertura el legislador se limitó a introducir en el apartado 4 del artículo 14 de la LCCI lo siguiente: “*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 del prestamista, ocasionada por la concesión del préstamo*”. De esta forma, viene a regular la comisión de apertura, al reconocer la posibilidad del prestamista de cobrar la comisión de apertura, e implícitamente viene a establecer que dicha comisión responde a unos gastos de estudio propios de la actividad inherente de la entidad bancaria.

En la actualidad, esta situación ha planteado varias posibilidades, como la de “moderar” el importe en relación al servicio prestado para comprobar el equilibrio prestacional entre el profesional y el consumidor. En este sentido, conviene mencionar la tesis que mantiene el Magistrado de la AP de Madrid, JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ⁴³. Entiende que ello sería factible si la propia cláusula especificase *qué gastos integran la comisión de apertura*, cabiendo entonces considerar la nulidad de la repercusión de unos determinados gastos y no de otros. Pero esta cuestión es difícil ya que las entidades de crédito no puedan acreditar los gastos que le genera el conceder el préstamo, siendo una operación cada vez más compleja.

La mayoría de las Audiencias Provinciales que se muestran a favor de la nulidad de la cláusula no cuestionan el argumento del TS sobre la exclusión del control de precios y la legalidad de la cláusula. En concreto, se refieren a la falta de transparencia de la cláusula que afecta al precio del préstamo y el hecho de que se considere que la comisión de apertura responde a un servicio efectivamente prestado.

Debemos señalar el argumento de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su sentencia de 20 de julio de 2020: “*En el presente caso, no se ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura. Aunque es clara, no superaría el doble control de transparencia. Igualmente falta la prueba necesaria*

⁴³SOLER PASCUAL, L. A., Foro abierto “La comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Inmobiliario Lefebvre*, 5 junio 2018, núm. 64, págs. 4-5.

acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos. Procede decretar su nulidad con devolución de las sumas abonadas”.

En cambio, el Alto Tribunal afirma con rotundidad la exclusión del control de contenido y por tanto de su abusividad. Así, en la misma línea, FERNÁNDEZ BENAVIDES considera que la Sala primera del Tribunal Supremo acierta al respetar la libertad en la fijación de precios en el marco de una económica de mercado, sin perjuicio de que la debida protección de los consumidores y usuarios exija el establecimiento de normas que aseguren la transparencia de las cláusulas que regulan el precio de los préstamos hipotecarios⁴⁴.

2.3.- Los gastos deben responder a un servicio efectivamente prestado por la entidad de crédito.

El argumento de la mayoría de las Audiencias Provinciales para declarar la abusividad de la cláusula de comisión de apertura era precisamente la ausencia del servicio prestado al cliente alegado por las entidades de crédito. Este motivo es el que ha ido adquiriendo más fuerza en las sucesivas sentencias dictadas por la jurisprudencia menor, al entender que consiste en un estudio previo que no le conlleva ningún gasto adicional a la entidad de crédito ya que es una actividad inherente al negocio bancario.

Esta premisa parte del “*principio de realidad del servicio remunerado*”. La clave de su abusividad reside en que a pesar de su denominación como comisión no responde a una remuneración de especial actuación del prestamista que se puede dar o no, sino a una forma de estructurar el precio del préstamo, pues para el TS se trata de una actividad que en todo caso es necesaria para conceder el préstamo.

En este mismo sentido, según ya ha determinado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la comisión de apertura tiene lugar bajo el amparo de una normativa bancaria que la regula y con su abono se remunera un servicio propio para la concesión del préstamo, a diferencia de otras comisiones y gastos, que solamente serán repercutibles si responden a servicios efectivamente prestados.

⁴⁴ FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., “Comisión de apertura: el Tribunal Supremo zanja la controversia”, en *Blog Hay Derecho*, de 29 de enero de 2019.

A mayor abundamiento, la Sala Primera del TS concluye que la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio.

En este sentido, ZARAGOZA CANO y ANTONIETTY ADAME consideran que independientemente de que se considere parte del precio del préstamo o una retribución aislada, no puede entenderse desproporcionado al servicio efectivamente prestado por la entidad y al integrarse en la TAE resulta indiferente si se reparte entre la comisión de apertura y el interés remuneratorio ⁴⁵.

Sin embargo, como anteriormente manifestábamos, el porcentaje de la comisión de apertura confunde al cliente bancario, al no quedar claro a qué responde su importe. Así pues, desde el punto de vista económico, para el consumidor es fundamental conocer el coste del servicio, ya que finalmente estos pagarán por las gestiones llevadas a cabo por la entidad de crédito.

En relación con esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, en su ya mencionada sentencia de 26 de febrero de 2015 (Asunto Matei), donde se establecía una denominada “comisión de riesgo” que no aclaraba el tipo de servicio que remuneraba dicha comisión. Sin embargo, en dicha sentencia el TJUE, al distinguir entre las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato y aquellas otras de carácter accesorio, parece distinguir entre el precio total y el coste total del crédito⁴⁶. Como también en la sentencia, de 3 de octubre de 2019 (Asunto Raiffeisen C-260/18), donde se enjuiciaba una cláusula análoga a la comisión de apertura. El TJUE estableció que la cláusula de tipo de cambio en moneda extranjera formaba parte del objeto principal, sin necesidad de identificar los servicios proporcionados como contrapartida de dicha

⁴⁵ ZARAGOZA CANO, F./ANTONIETTY ADAME, A., “La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el citado de la STJUE de 16 de julio de 2020”, en *Actualidad Civil*, 2021, núm. 9, (septiembre), pág. 7.

⁴⁶ STJUE, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015, C-143/203, Ponente: Prechal, Alexandra (ECLI: EU:C:2015:127), FJ 56.

comisión, bastando con que el cliente conociera de su fundamentación en base a la dispuesto en el contrato y en la normativa aplicable⁴⁷.

El TJUE ha venido analizando y exponiendo en su jurisprudencia la función de los tribunales nacionales que conocen en primera instancia y apelación para garantizar la tutela de los consumidores. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir.

Así, en la sentencia sobre la comisión de apertura, de 16 de julio de 2020, el TJUE se pronunció al señalar en su fundamento jurídico 79 que *“debe interpretarse en el sentido de 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”*.

Ahora bien, a las entidades de crédito les resulta difícil probar y justificar el servicio por el cual cobran al prestatario la comisión de apertura. No lo entiende así, sin embargo, JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, para quien la prueba de que las cantidades cobradas por comisión de apertura se corresponden a gestiones y servicios reales y efectivos es fácil, ya que en su práctica habitual entregan el folleto de tarifas y la oferta vinculante⁴⁸. No obstante, la información que solían proporcionar las entidades de crédito no reflejaba las gestiones de estudio que justificaban el cobro de la comisión de apertura por parte de los consumidores.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Valladolid ha dictado numerosas sentencias, entre otras, la de fecha 26 de abril de 2021, en los términos señalados, en la que se recoge el criterio marcado por la citada sentencia del TJUE, de suerte que *“para*

⁴⁷ STJUE, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2019, C-260/2018, Ponente: Prechal, Alexandra. (ECLI:EU:C:2019:819), FJ 66.

⁴⁸ Cfr. SOLER PASCUAL, L.A., Foro abierto “La comisión de apertura...”, cit., págs. 2-3.

que sea procedente la comisión de apertura es necesario la acreditación de servicios realizados a favor del cliente, no de servicios realizados en interés de la propia entidad financiera.”⁴⁹.

3.-La problemática sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de las cantidades abonadas

Esta cuestión ha adquirido especial relevancia con motivo de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, pero no resulta exclusiva de este tipo de cláusulas, sino que se plantea con ocasión de cualquier otra cuya declaración de nulidad implique la restitución de las cantidades abonadas durante su vigencia. En este supuesto, el consumidor-demandante reclamaba la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que le imponía indiscriminadamente el abono de todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario, junto con la devolución de lo indebidamente pagado a la entidad de crédito demandada. Es esta por tanto una cuestión accesorio, pero no exenta de indudable relevancia práctica, para el caso de que la cláusula de comisión de apertura sea declarada nula por su carácter abusivo, motivo por el cual también debe traerse a colación, aunque sea de forma resumida.

La problemática se centra sobre todo en determinar el *dies a quo*, es decir, el día de inicio del cómputo del plazo para poder ejercitar la acción de restitución de las cantidades abonadas. En el período temporal comprendido entre las sentencias del TS de 23 de diciembre de 2015 y las dictadas el 23 de enero de 2019, que se ocuparon de la cuestión en relación con la cláusula de gastos, nuestros tribunales han mantenido al respecto varias posturas:

1º. La imprescriptibilidad de la acción de restitución.

2º. El computo se fija desde el momento en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

3º. Cuando el Tribunal Supremo se pronunció sobre la abusividad de la cláusula de gastos (STS de 23 de diciembre de 2015 y, en su caso, STS de 23 de enero de 2019).

⁴⁹ SAP de Valladolid, Sección 3, 271/2021, de 26 de abril de 2021, Rec. 670/2020, (ECLI:ES:APVA:2021:669).

4º. El *dies a quo* se establece desde la declaración de nulidad de la cláusula en el caso concreto.

El carácter imprescriptible de la acción para declarar la nulidad de la cláusula no se cuestiona, pero esta misma circunstancia ha llevado en consecuencia a buena parte de la doctrina y algunas Audiencias Provinciales a considerar también imprescriptible la acción restitutoria por hallarse indisolublemente ligada y depender de la anterior. Esta tesis resulta sin embargo contraria a lo declarado por el TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020, que no se opone a que exista una jurisprudencia que establezca un plazo de prescripción para la acción de restitución:

FJ 80. “el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción”.

Por otro lado, hay quienes han sostenido que resulta de aplicación lo regulado en el Código Civil en el artículo 1964, apartado 2º, según el cual, *las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*. En este sentido, se ha llegado a plantear la posibilidad de que dicho plazo comience a computarse desde la fecha del contrato o desde que comenzó a cumplirse con la prestación (desde el pago).

Ahora bien, si se toma como base este argumento, siendo el inicio del cómputo la fecha de celebración del contrato, se estaría contraviniendo lo establecido por el TJUE en la mencionada sentencia, al indicar que “*el plazo de prescripción de cinco años comience a correr a partir de la celebración del contrato, (...) puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor*”. Esta conclusión del Tribunal europeo concuerda con lo establecido en el artículo 1969 del CC, en cuanto señala que el tiempo para la prescripción de las acciones “*se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”. Por tanto, como sostiene ACHÓN BRUÑEN, para que se inicie el plazo de prescripción es necesario que el consumidor conozca o deba conocer la

posibilidad de reclamar⁵⁰. De esta forma, no se puede tomar como referencia para el computo del plazo de prescripción la fecha de la celebración del contrato o la fecha en que se abonó en este caso el importe correspondiente a la comisión de apertura, puesto que podría provocar por el amplio transcurso del tiempo la imposibilidad de reclamar la restitución de las cantidades abonadas, a pesar de poder instar la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula.

Algo similar sucede con las posiciones jurisprudenciales que consideran que el *dies a quo* debe ser el de las fechas en las que se dictaron las STS de 2015 o de 2019, que declararon la nulidad de la cláusula de gastos de formalización del préstamo, en la medida en que la publicidad dada a estas resoluciones judiciales provoca que todos los prestatarios han podido tener conocimiento del carácter abusivo de este tipo de cláusulas. Sin embargo, presumir este conocimiento por parte de todos los afectados se antoja excesivo, teniendo en cuenta el desconocimiento y la ajenidad de las cuestiones normativas y jurisprudenciales para la inmensa mayoría de la población.

Por todo ello lo verdaderamente decisivo es que el consumidor, una vez tenga conocimiento efectivo del carácter abusivo de su cláusula, en nuestro caso la comisión de apertura, pueda reclamar su restitución a la entidad de crédito, por lo que habría que tomar en consideración la fecha de la resolución judicial que declare la nulidad de la cláusula en cada caso concreto. Ésta es la tesis más defendida por la doctrina, como pone de manifiesto RIBÓN⁵¹, y que también nos parece más acertada. Más aún en el caso que nos ocupa de la cláusula de comisión de apertura, en la medida en que, al margen de otro tipo de razonamientos basados en el necesario conocimiento de la nulidad de la cláusula, no existe además una resolución judicial del Tribunal Supremo, como allí sucede, en la que se declare con absoluta nitidez la nulidad de este tipo de cláusulas que se pueda tomar como referencia, lo que parece reducir la controversia suscitada.

⁵⁰ ACHÓN BRUÑEN, M.J., “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9356, de 12 de febrero de 2019, Sección Tribuna, págs. 3-4.

⁵¹ RIBÓN SEISDEDOS, E., ¿Cuál es el plazo de prescripción para reclamar gastos o comisiones bancarias en un préstamo hipotecario?, en *Blog Sepin*, de 5 julio de 2018, págs. 4-7.

4.-El previsible pronunciamiento del TJUE tras la cuestión prejudicial formulada por el ATS, de 10 de septiembre de 2021

Los tribunales nacionales, con el propósito de resolver las dudas sobre las diversas cláusulas abusivas incluidas en los contratos de préstamo hipotecario, han ido planteando numerosas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TJUE, como autoridad judicial de la Unión Europea, ha ido resolviendo o, más bien, aclarando la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, de 5 abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.

En este sentido, la cláusula de comisión de apertura no es una excepción. Así, el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca y el de Ceuta, mediante auto de 12 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), preguntaron al TJUE, por un lado, si la cláusula de comisión de apertura superaba el control de transparencia conforme al art. 3 de la directiva 93/13 y, por otro, si la entidad prestamista tenía que probar el servicio supuestamente prestado.

Como consecuencia, el TJUE se pronunció en su ya mencionada sentencia de 16 de julio 2020, analizando también el derecho interno aplicable en ese momento (anterior a la LCCI de 2019), manifestando en su apartado 78 lo siguiente:

“A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe”.

Un sector de la doctrina, como es el caso de PANTALEÓN MUÑOZ, consideró que fue planteada ocultando al TJUE la normativa española que regulaba la comisión de

apertura, en concreto el artículo 5 de la Ley 2/2009, apartado 2 b)⁵². De lo que se deduce de su argumento, es la necesidad de que se pronuncie sobre una disposición de derecho interno función que no le corresponde valorar al TJUE únicamente apreciar si dicha normativa es contraria a la Directiva 93/13. .

Como puede observarse, los dos pronunciamientos del TJUE y TS contradictorios muestran la situación de inseguridad jurídica que genera al consumidor, que es quien tiene que afrontar el importe de dicha comisión junto al resto de obligaciones que debe cumplir.

Precisamente, el Tribunal Supremo, mediante auto de 10 de septiembre 2021 (Rec. 919/2019), ha elevado una cuestión prejudicial ante el TJUE con el propósito de que se pronuncie sobre si la comisión de apertura constituye un elemento esencial del contrato, ello en relación con la retribución de los servicios prestados y de la información trasladada a los clientes. Extremo que se antoja esencial para dilucidar la posibilidad o no de entrar a valorar el eventual carácter abusivo de este tipo de cláusulas.

Para ello, el TS tiene la intención de subsanar la anterior cuestión prejudicial planteada por los Juzgados de Primera instancia, al referirse en la actual cuestión que el planteamiento distorsionado inicialmente presentado sobre la normativa interna dió lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020. En esta nueva cuestión prejudicial, el TS plantea si su jurisprudencia es contraria a la Directiva 93/13.

Por otro lado, se apoya en las conclusiones del Abogado General Sr. Hogan, en el asunto C- 621/17 de 15 de mayo de 2019⁵³, donde establecía que, cuando a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación, dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo. En ese caso, la denominada “*comisión de desembolso*” representaba la contrapartida de los gastos por los trámites que debía llevar a cabo el banco antes de la celebración del contrato, es decir, los gastos derivados de la concesión del préstamo. Las conclusiones del Abogado General, con remisión a la jurisprudencia

⁵² Cfr. PANTALEÓN MUÑOZ, “La comisión de apertura...”, cit., págs. 9-10.

⁵³ Conclusiones del Abogado General SR. GERARD HOGAN, presentadas el 15 de mayo de 2019, Asunto C-621/17 Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. contra Emil Kiss, Gyuláné Kiss. ECLI:EU:C:2019:411. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CC0621&from=DE>.

del TJUE, señalaban expresamente en el apartado 37: *“En la mayoría de los casos la parte del precio destinada a sufragar los costes administrativos de una entidad de crédito simplemente se incluye en un único tipo de interés. Sin embargo, el hecho de que en el presente asunto el precio se dividió en tres cláusulas no significa que cada parte del precio total no se adeude por la concesión del préstamo”*. Señalando además su conclusión en el apartado 38, en relación con la sentencia del TJUE (Asunto Matei), lo siguiente: *“En consecuencia, si el Tribunal de Justicia sigue la línea argumental adoptada en el asunto Matei, la cláusula que establece los gastos de gestión en principio debería considerarse excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13”*.

En el presente caso se espera que el TJUE se pronuncie de forma expresa sobre la nulidad de la cláusula de comisión de apertura, recordando que es función del juez nacional comprobar en cada caso la abusividad de la cláusula contractual litigiosa, con el único fin de dotar de seguridad jurídica y uniformidad. Y esta es la función primordial que nuestros tribunales deben realizar, como hasta ahora han venido haciendo, es decir, en cada caso comprueban, examinan y valoran el carácter abusivo o no de la cláusula de comisión de apertura.

Resulta complicado que el hecho de que existan dos pronunciamientos en teoría contradictorios, como es el del TS y el del TJUE, los jueces y magistrados de los órganos judiciales menores puedan seguir dictando sentencias dependiendo del criterio que asuman. Por esta razón se ha llegado a plantear la suspensión de los procedimientos a la vista de la cuestión prejudicial elevada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, las Audiencias Provinciales también han apreciado la concurrencia de una cuestión prejudicial ante el TJUE y alguna de ellas han acordado la suspensión de los correspondientes procedimientos hasta que se resuelvan esas cuestiones. Pueden citarse a título de ejemplo, entre otras muchas, las resoluciones de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa⁵⁴ o de la Audiencia Provincial de Salamanca⁵⁵, todas ellas fundadas en la aplicación del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁴ Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) [AC 2018\1390], el auto 171/2019, de 17 de diciembre.

⁵⁵ Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1º) [JUR 2020\120323] 17 de diciembre de 2019.

Por el contrario, no lo aprecia así la Audiencia Provincial de Valladolid que junto a muchas otras siguen declarando la nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

Como se puede deducir, la simultaneidad de procesos en los que existe sentencias contradictorias resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva. Algunos autores esperan que el TJUE rectifique y se alinee a los argumentos esgrimidos por nuestro Alto tribunal, pero para otros y, considerando esta postura la más acertada, el TJUE ya se ha pronunciado en su sentencia de 16 de julio de 2020, lo cual genera la duda de que sea el propio TS quien modifique su doctrina en relación con la comisión de apertura y declare su abusividad, tal y como ha venido pronunciándose con el resto de cláusulas contractuales en los préstamos hipotecarios desde el año 2013.

5.-Posibles soluciones planteadas al supuesto de hecho planteado.

Una vez analizado el estado de la cuestión sobre el eventual carácter abusivo de la cláusula de comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario, es preciso dar una respuesta al problema planteado por nuestros clientes. Como ya se ha apuntado, en relación con la comisión de apertura en principio existe un pronunciamiento del TS contrario a los intereses de nuestros representados. No obstante, ello no impide que puedan ejercitar la acción declarativa de nulidad de la cláusula de comisión de apertura y con ello la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

Así, por un lado, en el presente supuesto la entidad redactó unilateralmente la cláusula cuarta de la escritura, concerniente a la comisión de apertura y, sin alternativa alguna para nuestros mandantes, incluyó las condiciones que consideró convenientes, negociando únicamente la cantidad objeto del préstamo, las cuotas y los plazos de devolución en función del interés fijo o variable. De esta forma, se impuso a nuestros clientes el importe de **975 €** en concepto de comisión de apertura de su préstamo hipotecario.

La cláusula citada, transcrita en el supuesto de hecho, constituye una condición general de la contratación de carácter abusivo, al tratarse de una cláusula no negociada

individualmente, incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria en sus contratos, que transgrede el principio de **buena fe** contractual, al ocasionar en detrimento de los clientes un desequilibrio de las obligaciones contractuales injustificado y **favorable para una sola de las partes**, en este caso la entidad bancaria.

Para fundamentar la futura demanda es necesario mencionar los preceptos que examinan la condición de abusividad de la cláusula impugnada. En primer lugar, es preciso mencionar los artículos 80 y ss. del TRLDCU.

Así, el artículo 80.1 c) de la citada ley exige que las cláusulas no negociadas individualmente, como acontece en este caso, deben cumplir entre otros los siguientes requisitos: **buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.**

El artículo 83 establece que en el caso de ser consideradas abusivas las cláusulas *“serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Y, por último, conviene mencionar lo dispuesto en el artículo 87, al señalar que serán abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular, en el apartado 5º remite a *“aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve 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 adecuen al servicio efectivamente prestado”*.

Por otro lado, podemos mencionar la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en la que se señala que se debe considerar cláusulas *“objeto principal del contrato”* las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan, frente a otras cláusulas que considera de *“carácter accesorio”* a aquellas. La sentencia citada del TJUE concluye que 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, dejando a la interpretación de los órganos jurisdiccionales españoles tal decisión.

Se hace difícil entender que dicha comisión pueda ser parte del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario cuando hay un buen porcentaje de préstamos hipotecarios en los que no aparece.

Por otro lado, se debe entrar a valorar la falta de transparencia material ya que además del control de transparencia documental o formal ("transparencia, claridad, concreción y sencillez") de los artículos 7 y 8 LCGC, procede analizar el plus reforzado de transparencia material o de comprensibilidad real de la importancia de la cláusula, de sus consecuencias jurídicas y económicas y su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Respecto de la comisión de apertura en particular, además de la normativa mencionada, debemos tener en consideración que, si bien la validez de las comisiones y entre otras la de apertura, parece venir expresamente admitida por la normativa bancaria, ello es así siempre que respondan a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, como recoge expresamente la OM de 28 de octubre de 2011, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, vigente en la fecha de concesión del préstamo.

Entendemos que la cláusula que impone una comisión de apertura debe considerarse nula, pues, en primer lugar, no existe negociación previa, no se ha explicado a los prestatarios la razón de su cobro, ni los supuestos servicios que con dicho pago se abonan. La cuantía de dicha comisión es tan variable de unos préstamos a otros, y entre las distintas entidades varía tanto que no cabe sino decir que queda absolutamente a voluntad de la entidad bancaria.

Además, no se explicó a mis mandantes el contenido económico de esta cláusula, ni los servicios o gastos de los que pretendidamente trae causa. Al tratarse de condiciones generales de contratación con claro carácter abusivo, procede su declaración de nulidad, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma.

La Sentencia del TJUE nos da las pautas necesarias para determinar este carácter abusivo, señalando que si bien debe el juez nacional valorar el carácter abusivo de la cláusula, se ha de partir de que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos que impedirían considerarla abusiva, corresponde a la entidad bancaria y, en caso de falta de tal prueba, se debe entender que “*se ha producido, 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”.

Uno de los argumentos que las entidades bancarias mantienen a la hora de probar, caso por caso, que el importe de la comisión de apertura es proporcionado al coste que les ha supuesto la concesión del préstamo, es que implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática, es decir, se convertiría, como se conoce en derecho, en una prueba diabólica. No obstante, tal vacío probatorio no debe sopórtalo la parte a la que no corresponde probarlos.

Consecuencia de lo anterior, al tratarse de una condición general de la contratación que instaura un desequilibrio entre las partes, impuesto a nuestros mandantes con un claro carácter de abusivo, procede su declaración de nulidad, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Y ello, sin que conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 del mismo texto legal.

Asimismo, siendo la cláusula nula, debe procederse a la devolución de lo abonado en su virtud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.303 del Código Civil. Es decir, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, permitiendo la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor.

Por consiguiente, nuestros representados, como personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, tienen la condición de consumidores, se encuentran legitimados para iniciar el correspondiente procedimiento judicial con la debida presentación de la demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de Valladolid, a quien corresponde conocer sobre esta materia, con el fin de declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura y con ello la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas.

V.-CONCLUSIONES

PRIMERA

A partir del año 2013 con la declaración de nulidad de la cláusula suelo, la de intereses moratorios abusivos o la de gastos hipotecarios, entre otras, se han sucedido numerosos pronunciamientos judiciales dada su enorme relevancia económica y repercusión social. No obstante, en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria existen otras cláusulas, como la comisión de apertura, cuya abusividad ha venido manteniéndose en tela de juicio.

SEGUNDA

La práctica generalizada por parte de las entidades financieras ha sido la de incorporar en los contratos de préstamo hipotecario, condiciones generales de la contratación sin posibilidad alguna de negociación individual previa entre las partes. Ante esta situación, muchos consumidores quedaron obligados a abonar una comisión de apertura, siendo uno de los importes más cuantiosos que debían hacer frente en un primer momento, lo cual llevó a multitud de prestatarios acudir a la vía judicial con el fin de que se declarase abusiva y, por tanto, nula.

TERCERA

La mayoría de las Audiencias Provinciales ha venido declarando la nulidad de la cláusula de comisión de apertura al comprobar en la mayoría de los supuestos planteados que no responde a un servicio o gasto real y efectivo como consecuencia de los estudios previos llevados a cabo por las entidades financieras. Estos estudios consisten en realizar un examen sobre la solvencia y capacidad de pago del cliente, pero estas gestiones bancarias no suponen un coste extra en su actividad inherente como es la concesión del préstamo ni le proporciona ninguno otro servicio al cliente. Únicamente cabría la posibilidad de que la comisión de apertura fuese válida si la entidad de crédito puede probar la existencia de tal servicio y si proporcionó la necesaria información al cliente para que pueda llegar a comprender el funcionamiento de la comisión de apertura.

CUARTA

No existe ninguna duda de la legalidad y de la posibilidad de repercutir dichos gastos, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos. Las entidades financieras en el ejercicio de su libertad a la hora de fijar las comisiones deben cumplir con la normativa bancaria. Así, en la Orden Ministerial, EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, en su artículo 3 establece que solamente podrán percibirse aquellas comisiones que sean solicitadas o aceptadas expresamente por el cliente y siempre que respondan a un servicio efectivamente prestado. La Orden Ministerial, junto con la Circular 5/2012 del Banco de España, tienen como finalidad garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito. En la mayoría de los casos estamos ante un incumplimiento en sus obligaciones de proporcionar la debida transparencia a la hora de contratar un préstamo hipotecario, no ofrecen la información necesaria para que el consumidor pueda comprender la cláusula de comisión de apertura.

QUINTA

La sorprendente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2019, vino a establecer la validez de la comisión de apertura. En su sentencia, confirma que forma parte del objeto principal del contrato, por ser parte del precio del préstamo. Sin embargo, a nuestro entender y siguiendo la línea jurisprudencial que marcó el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020, la comisión de apertura debe entenderse como una prestación de carácter accesorio, ya que sin ella el contrato puede subsistir. No en vano, cabe la posibilidad de prescindir voluntariamente de su aplicación.

SEXTA

El pronunciamiento del TJUE se ha limitado a exigir a cada juzgado nacional comprobar si el banco ha proporcionado toda la información necesaria para que cualquier consumidor medio pudiera comprender la cláusula de comisión de apertura. Y así lo ha venido haciendo el propio TS desde las declaraciones de abusividad de las cláusulas suelo o gastos, analizando en cada caso concreto si superaban el control de transparencia o el de abusividad. En cambio, en relación con la comisión de apertura no ha entrado a valorar

con precisión si superaba dichos controles, al entender que la comisión de apertura constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, es un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario. Por tal razón, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, la cláusula en la que se establece la comisión de apertura no puede ser objeto de control de contenido cuando es transparente, esto es, cuando es clara y comprensible.

SÉPTIMA

Precisamente la cuestión sobre la transparencia de la cláusula de comisión de apertura ha sido la más controvertida dentro de la doctrina. El TS ha venido desarrollando el control de transparencia hasta distinguir concretamente dos, el formal y el material. El primero de ellos establece la necesidad de que la cláusula de comisión de apertura esté redactada de forma clara, concreta y sencilla. El control material valora por su parte si el consumidor puede llegar a comprender las consecuencias jurídicas y económicas a las que se compromete al firmar el préstamo hipotecario. En definitiva, la comisión de apertura sí está sujeta al doble control de transparencia, dado que las entidades financieras no pueden demostrar la debida recepción de la documentación previa a la firma del contrato, que, como suele ocurrir, dado el lenguaje empleado, el carácter técnico de los términos, no garantiza la comprensión material del consumidor que exige el TJUE, salvo que, a su vez, las fichas normalizadas que según la normativa bancaria han de entregar (FEIN o FIAE) sean objeto de otros documentos asequibles para la comprensión del cliente.

OCTAVA

El TS sostiene que no cabe un control de precios, cuestión que no se discute. Ahora bien, el hecho de que la comisión de apertura responda a un servicio primordial para que la entidad de crédito pueda conceder el préstamo, permite someter a debate su proporcionalidad. Ello en la medida que, como aprecian la mayoría de las Audiencias Provinciales que declaran la nulidad de la cláusula de comisión de apertura, existe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión.

NOVENA

Las entidades bancarias calculan habitualmente esta comisión aplicando un porcentaje al capital solicitado. Así, la comisión de apertura y el interés son las dos partidas por las que las entidades de créditos son retribuidas por el coste que le supone conceder el préstamo. No hay que olvidar que, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales, incluidas aquellas que conformen el objeto esencial del contrato, examinar la transparencia formal y material de dichas cláusulas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13 y en los artículos 80 y ss. del TRLGDCU, que regulan el equilibrio prestacional de las diversas cláusulas.

DÉCIMA

En la actualidad, el razonamiento del TS de 23 de enero de 2019 es seguido por una buena parte de las Audiencias provinciales, mientras que otras siguen apreciando la nulidad de la cláusula de comisión de apertura, sobre todo a raíz del pronunciamiento del TJUE de 16 de julio de 2020. Esta situación ha dado lugar a dos criterios contrapuestos sobre la abusividad de la cláusula de comisión de apertura y ha generado una gran inseguridad jurídica, puesto que dependiendo de la Audiencia Provincial que nos encontremos aplicará uno u otro. Este cambio jurisprudencial del Supremo quizás responda al temor a una oleada de demandas que junto al resto de cláusulas abusivas que están siendo enjuiciadas, colapsen de nuevo los juzgados. Este eventual inconveniente no puede servir sin embargo de justificación ya que la función principal de los juzgados y tribunales es la de velar por la protección de los consumidores. En definitiva, este asunto queda a la espera hasta que de nuevo se vuelva a pronunciar el TJUE ante la cuestión planteada por el TS mediante auto de fecha de 10 de septiembre de 2021, con el objetivo de que subsane la anterior cuestión prejudicial planteada por los Juzgados de Primera Instancia de Palma de Mallorca y Ceuta.

VI.-BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

ARTIGOT GOLOBARDES, M., “La relación entre cotes y precios en los contratos de hipoteca y su relevancia en el análisis de abusividad: la comisión de apertura”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 6 de octubre de 2018.

ACHÓN BRUÑEN, M. J., “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9356, de 12 de febrero de 2019, Sección Tribuna.

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Qué ha cambiado tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas”, en *Diario La Ley*, 2020 nº 9700 (21 de septiembre de 2020), Sección Dossier.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La comisión de apertura tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020”, en *Diario La Ley*, nº 9688, Sección Tribuna, 3 de septiembre de 2020, Wolters Kluwer.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La amortización anticipada del préstamo hipotecario en la Ley de Crédito Inmobiliario”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 12 de junio de 2019.

BALLUGERA GÓMEZ, C., “Cobrar dos veces por lo mismo no debería ser legal. Breve comentario de urgencia de la STS 44/2019 de 23 de enero, sobre la validez de la comisión de apertura”, en *Actualidad Civil*, nº 2, febrero de 2019.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERARD HOGAN presentadas el 15 de mayo de 2019, Asunto C-621/17 Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. contra Emil Kiss, Gyuláné Kiss. ECLI:EU:C:2019:411.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., “Comisión de apertura: el Tribunal Supremo zanja la controversia”, en *Blog Hay Derecho*, de 29 de enero de 2019.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Cizur Menor, 2020, editorial Aranzadi, cap. I, págs. 49-51.

PANTALEÓN MUÑOZ, F., “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 14 de septiembre de 2020.

PANTALEÓN MUÑOZ, F., “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo”, en *Blog Almacén de Derecho*, de 4 de febrero de 2020.

POVEDA BERNAL, M. I., “Gastos y comisiones asociados a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria en la LCCI. Análisis desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios”, en AA.VV., *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (est. coord. por Castillo Martínez), Madrid, 2020.

RIBÓN SEISDEDOS, E., ¿Cuál es el plazo de prescripción para reclamar gastos o comisiones bancarias en un préstamo hipotecario?, en *Blog Sepin*, de 5 julio de 2018, págs. 4-7.

RIBÓN SEISDEDOS, E. “Comentario a la STS de 23 de enero de 2019 sobre la «comisión de apertura». Vientos de Luxemburgo”. <https://blog.sepin.es/2019/01/sentencia-tribunal-supremo-comision-apertura>.

SOLER PASCUAL, L. A., Foro Abierto “La comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Inmobiliario Lefbvre*, 2018, nº 64 (junio).

ZARAGOZA CANO, F./ANTONIETTY ADAME, A. “La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el citado de la STJUE de 16 de julio de 2020”, en *Actualidad Civil*, 2021, nº 9 (septiembre).

VELA TORRES, P. J., “Acción de cesación en materia de cláusula abusivas. Comisión de ingreso en efectivo”, en *Diario La Ley*, 2022, nº 10103 (5 de julio de 2022), Sección Comentarios de Jurisprudencia.

VII.-LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. LEGISLACIÓN

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

- Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, *sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.*

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil.*

- Real Decreto, de 22 de agosto de 1885, *por el que se publica el Código de Comercio.*

- 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.*

- Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación.*

- Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.*

- Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.*

- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.*

- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, *sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.*

2. JURISPRUDENCIA

2.1 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE Sala Cuarta, Sentencia de 30 de abril 2014, (asunto Kásler C-26/13).
- STJUE, Sala Novena, Sentencia de 26 de febrero de 2015, (asunto Matei C-143/2013).
- STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2019, (asunto Raiffeisen C-260/18).
- STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/2018.
- STJUE, Sala Primera, de 9 julio de 2020 (asunto C-81/19 Banca Transilvania S.A).
- STJUE, Sala Cuarta, de 16 julio 2020, C-224/2019.
- ATJUE, Sala Novena, de 17 noviembre 2021, C-655/2020.

2.2 TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 241/2013 de 9 de mayo de 2013, Rec.485/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 705/2015/ de 23 de diciembre de 2015, Rec. 2658/2013.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 566/2019 de 25 octubre 2019, Rec. 725/2017.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 328/2022 de 26 abril 2022, Rec. 6032/2018.
- STS Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 44/2019 de 23 enero de 2019.

2.3 AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Asturias, Sección 1, de 22 julio de 2021.
- SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 1 de diciembre de 2020.
- SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de febrero de 2022.
- SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 11 de julio de 2018.
- SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 20 de abril de 2018.
- SAP de León, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2018.
- SAP de Ourense, Sección 1ª, de 12 febrero de 2019.
- SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 17 de diciembre de 2019.
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 21 de mayo de 2018.
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 7 de abril de 2022.
- SAP de Zamora, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2017.