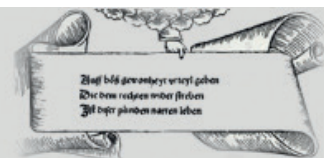




# Jurisdictio



Storia e prospettive della Giustizia

N. 3-2022 - VITA GIUDIZIARIA 7

ISSN 2724-2161

María Teresa Álvarez Moreno

COMISIÓN DE APERTURA Y GASTOS  
DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

Editoriale Scientifica

*María Teresa Álvarez Moreno*

## COMISIÓN DE APERTURA Y GASTOS DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

Si revisamos la jurisprudencia recaída en los últimos años de Audiencias Provinciales y alguna del TS, podemos partir de una idea previa. Al empezar a enjuiciarse las cláusulas abusivas en el contrato de crédito (normalmente con garantía hipotecaria) se han considerado conjuntamente los gastos de constitución de hipoteca, optando los tribunales por restituir al consumidor todos los importes generados por estos conceptos<sup>1</sup>. O en determinados casos, concediendo unos y rechazando otros: así por ejemplo, la SAP de las Islas Baleares de 15 noviembre 2017 (Sección 5ª), sentencia nº 332/2017 (JUR 2018/30321), en la que ante la imposición de la cláusula de gastos a cargo del prestatario, se opta por el reintegro de gastos notariales, registrales y de gestoría, denegando en cambio, el reintegro de gastos de tasación e ITPAJD.

En realidad, al hablar de los gastos generados en el marco de la constitución de la hipoteca, deberían distinguirse al menos los siguientes conceptos: gastos de notaría, registro, de gestoría, impuestos (ITPAJD) y comisión de apertura, junto con otras posibles comisiones (riesgo, etc). El reparto de los gastos de constitución entre las partes ha quedado perfectamente definido con las SSTs de 23 enero de 2019<sup>2</sup> y de 28 mayo de 2019 (JUR 2019/175905). Sobre el pago del ITPAJD, la posición está muy clara, tras la STS de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de octubre de 2018<sup>3</sup>. Nos centraremos exclusivamente en la comisión de apertura del préstamo hipotecario.

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, la SAP Madrid (sección 21) de 18 septiembre 2007 (AC 2008/615): reembolso a cada comprador de vivienda de las cantidades satisfechas por cada uno en concepto de honorarios de Notario por la escritura de crédito y comisión de apertura de crédito y los intereses del crédito y comisiones y gastos cargados en la cuenta corriente de crédito. O la SAP Asturias (Sección 1ª) de 1 diciembre 2017 (JUR 2018/28493): en la que ante la imposición generalizada de gastos al prestatario, se ordena el reintegro de gastos notariales, registrales, comisión de apertura y gestoría y en cambio, el no reintegro del impuesto de actos jurídicos documentados; o más recientemente la SAP Islas Baleares (sección 5ª) de 15 noviembre 2018 (JUR 2019/9341).

<sup>2</sup> RJ 2019/114.

<sup>3</sup> CENDOJ: 28079130022018100215.

### 1. *El tratamiento de la comisión de apertura en la jurisprudencia previa*

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha oscilado entre la consideración como cláusula abusiva, o como cláusula lícita.

Algunas sentencias<sup>4</sup> consideran abusiva la comisión de apertura porque implica desequilibrio entre las obligaciones de las partes: SAP Navarra (Sección 3<sup>a</sup>) de 27 enero 2017 (JUR 2017/137982).

La SAP Asturias (Sección 6<sup>a</sup>) de 16 octubre de 2018 (JUR 2019/22303) señala que el estudio de solvencia es obligación que la ley impone al prestamista, de manera que los únicos conceptos que podrían haber justificado la comisión de apertura serían los costes que para la entidad financiera hubiera comportado la información recabada al CIRBE, o cualquier otro archivo similar de activos impagados o pendientes de amortización de los solicitantes del préstamo y sus avalistas. En el mismo sentido, la SAP Las Palmas (Sección 4<sup>a</sup>) de 20 septiembre 2018 (JUR 2019/32239): dado que la comisión de apertura no se percibe como correspondiente a un servicio o gasto real y efectivo alguno y ni tampoco considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos se conoce ni se acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad.

En sentido contrario, optan por la licitud de la cláusula, sentencias como la SAP León (Sección 1<sup>a</sup>) 15 junio 2018 (JUR 2018/192478): la comisión de apertura no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validarlo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica: el cobro de una comisión de una sola vez en el momento del contrato, llámese apertura o de cualquier otro modo, es una posibilidad contemplada en normas legales y del Derecho de la Unión Europea. También la SAP Tarragona de 15 de mayo de 2018<sup>5</sup>, que afirma que: No es abusiva la comisión de apertura, pero sí lo es por inútil y superflua la comisión de estudio.

### 2. *¿Qué es la comisión de apertura?*

La comisión de apertura es un coste que puede existir o no en un

<sup>4</sup> Vid.: SAP Islas Baleares (Sección 5<sup>a</sup>) 7-11-2017 (JUR 2017/308658). SAP Cantabria 27-06-2018 (JUR 2018/199040).

<sup>5</sup> SAP Tarragona (Sección 1<sup>a</sup>) 15 mayo 2018, (JUR 2018/199280).

préstamo. Es decir, puede cobrarlo o no el banco prestamista. En caso de existir, es un componente más de la TAE<sup>6</sup>, por lo que se integra en el coste del préstamo, y debe reflejarse de modo diferenciado en la oferta del préstamo, y, como veremos en la FEIN<sup>7</sup>.

Se trata de actuaciones previas que permiten al banco evaluar la solvencia del deudor, y realizar los cálculos para determinar la conveniencia del préstamo.

### 2.1. *Conceptos incluidos en la misma. Diferenciación de otras comisiones*

La comisión de apertura del préstamo implica un conjunto de actuaciones previas, que pueden incluso implicar algunos servicios accesorios del banco, para entre otras cosas: evaluar la solvencia del prestatario, su capacidad de repago del crédito, evaluación de las garantías presentadas, preparar el contrato, organizar la tramitación del préstamo, la apertura de la cuenta bancaria donde se efectuarán los reintegros, la gestión del montante del crédito, y la temporización para hacer efectivo el pago el día en que se celebre la compraventa del inmueble financiado con el préstamo hipotecario. En definitiva, «englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo»<sup>8</sup>.

No hay un desglose de las actividades, ni tampoco se imputan los costes de las mismas, sino una única comisión que los engloba, y que ha de pagarse de una sola vez y al inicio de la vida del préstamo.

En todo caso, se trata de una comisión distinta de otras que pueden incluirse en el préstamo, como la comisión por riesgo, de estudio, de reclamación de posiciones deudoras<sup>9</sup>, de mantenimiento, cancela-

<sup>6</sup> TAE es la Tasa Anual Equivalente.

<sup>7</sup> FEIN es la Ficha Europea de Información Normalizada.

<sup>8</sup> STS de 23 enero 2019 (RJ 2019/114). Señala dicha Sentencia que en la comisión de apertura se engloban todas las operaciones necesarias para la concesión del préstamo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe).

<sup>9</sup> La comisión de cancelación es diferente de la comisión de posiciones deudoras, que no sería objeto principal del contrato, y sería una cláusula abusiva porque impone

ción anticipada, etc. Estas pueden ser comisiones que se activen (o no) a lo largo de la vida del préstamo (como la de reclamación de posiciones deudoras o de cancelación anticipada<sup>10</sup>), y que sean de pago único, o que deban abonarse periódicamente (como la de administración, por ejemplo)<sup>11</sup>.

## 2.2. *¿Servicios adicionales, o parte del precio?*

En la jurisprudencia, se ha cuestionado si esta comisión de apertura implica la retribución por la prestación de servicios adicionales, ejecutados previamente por el banco, o por el contrario, forma parte del propio precio del préstamo, y por tanto, está incluida en el objeto principal del contrato.

Podemos apreciar que en la jurisprudencia se ha considerado inicialmente que la comisión de apertura podía entenderse como una serie de servicios adicionales y previos, a la propia prestación principal de entrega del capital del crédito. Ello ha llevado a plantearse dos cuestiones: 1º) si se trata o no de servicios adicionales, y 2º) si de existir y probarse estos, en realidad, se trataba de un incremento del precio por servicios adicionales no requeridos por el consumidor, que podrían ser declarados, consecuentemente, como cláusulas abusivas.

un doble gravamen al contar también con intereses moratorios. Véase por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 9) 4 abril de 2018 (AC 2018/364).

<sup>10</sup> La comisión de cancelación anticipada se considera válida, porque, como, por ejemplo, señala la SAP de León (Sección 1ª) de 28 de febrero de 2018 JUR 2018/117796): el Banco, cuando se desprende de un capital por un largo plazo de tiempo y con unas concretas condiciones pactadas en cuanto a interés remuneratorio, tiene que hacer unas provisiones y cálculos de rentabilidad que se ven alteradas con la cancelación total anticipada.

<sup>11</sup> Señala la STS 23 enero 2019 que: Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2. párrafo segundo de la vigente Ley 2/2009. (FJ 3º.17).

En cuanto a si se trata o no de servicios adicionales, la jurisprudencia exigía al menos una alegación y prueba por parte de la entidad bancaria de que se habían realizado las actuaciones y gestiones oportunas que justificasen el pago de la comisión de apertura. Es decir, se exigía una prueba de su existencia real y autónoma, distinta de la entrega del capital.

Por ello, algunas sentencias consideran que la comisión de apertura debe responder a servicios efectivamente prestados<sup>12</sup>, y que éstos deben ser probados por el banco. Por ello, cuando no se acredita que responda a servicios efectivamente prestados<sup>13</sup>, ni a gastos<sup>14</sup> generados para la entidad bancaria, se opta por declarar que es una cláusula abusiva, condenando a la entidad a la restitución de su importe al consumidor.

Un ejemplo prototipo de esta postura<sup>15</sup> lo ofrece la SAP de Asturias (sección 6ª) 21 diciembre 2018 (JUR 2018/37657), en la que se afirma que la comisión de apertura es una cláusula abusiva, porque la recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, la SAP Asturias (Sección 1ª) de 22 noviembre de 2018 (JUR 2019/38897). Igualmente, para un préstamo de consumo, la Sentencia de JPI Sevilla, nº 14, 18 mayo 2017 (JUR 2017/235940, considera que la comisión de apertura del 0.35% sobre el capital se corresponde con un servicio realmente prestado. En la SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 7 febrero de 2018 (JUR 2018/96834), el tribunal llega a afirmar que «se desconoce qué trabajo concreto se retribuye y su coste».

<sup>13</sup> En este sentido, la SAP Asturias (Sección 1ª) de 19 diciembre 2018 (JUR 2019/37910); o la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), de 29 noviembre 2013 (JUR 2014/78138). Así, tal como afirma la SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 5 enero de 2017 (AC 2017/1), no consta, y tal prueba era de la ejecutante, que tal concepto (comisión de apertura) obedeciese a efectivos gastos o servicios prestados por la entidad.

<sup>14</sup> Vid, por ejemplo, la SAP Asturias (Sección 6ª) de 26 enero 2018 (JUR 2018/64274).

<sup>15</sup> En el mismo sentido SAP Zaragoza (Sección 5ª) de 5 enero de 2017 (AC 2017/1), según la cual, no consta, y tal prueba era de la ejecutante, que la comisión de apertura obedeciese a efectivos gastos o servicios prestados por la entidad. O la SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) 19 diciembre 2018 (JUR 2019/38788): el cobro de la comisión tal y como está prevista en la propia escritura implica no sólo el abono de una cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a qué concretos servicios responden, sino que igualmente se aprecia que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder. En la misma línea, podemos citar la SAP Asturias (Sección 5ª) de 19 enero de 2018 (JUR2018/64536): Dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco se conoce ni acreditó su proporcionalidad, por lo que procede su declaración de nulidad.

solvencia y la formulación de oferta vinculante son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente, y además, correspondía a la apelante haber demostrado la efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar.

En esta misma línea, si se prueba la existencia de dichas actuaciones previas, el tribunal entra a enjuiciar si existe o no proporcionalidad<sup>16</sup> en relación con los derechos y deberes de las partes contratantes. En estos casos, los tribunales optan por considerar que se trata de un servicio adicional impuesto al consumidor<sup>17</sup>, y a tenor de lo dispuesto en los arts. 87.5, u 89.4 TRLCU declara el carácter abusivo, por tratarse del cobro por «servicios no efectivamente usados» o consumidos, o por la «imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados».

En sentido opuesto, podemos citar la SAP León de 27 febrero 2018 (AC 2018/924), en la que se mantiene que la comisión de apertura es un coste financiero más que se deriva de la provisión de dinero que se dispone a favor del prestatario, por lo que dicha comisión se genera por actos previos propiamente a la firma del contrato, remunerando servicios efectivamente prestados que suponen unos costes.

La STS 23 enero 2019 (RJ 2019/114) ha resuelto definitivamente esta cuestión, al señalar que la comisión de apertura no corresponde a actuaciones o servicios eventuales, por lo que no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. No se trata de servicios eventuales, sino que las operaciones se llevan siempre

<sup>16</sup> Proporcionalidad que no puede en ningún caso referirse al montante de la comisión en relación con los servicios prestados, porque ello implicaría un control económico del contrato, sino a los derechos y deberes que dimanar para las partes del contrato. En este sentido, las ya citadas SAP Asturias (Sección 5ª) de 19 enero de 2018 (JUR 2018/64536) y SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 19 diciembre 2018 (JUR 2019/38788) señalan que la comisión de apertura carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder.

<sup>17</sup> En este sentido, es curiosa la SAP Albacete (Sección 1ª) de 7 noviembre 2017 (JUR 2017/307197), en la que se considera abusiva por ser una cláusula impuesta la comisión de apertura del 3% en un préstamo para la adquisición de vehículo, encajándola como una cláusula que introduce incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

a cabo, algunas de ellas incluidas en la actual obligación de evaluación de la solvencia del consumidor, motivo por el cual, no es necesario probar su realización. No obstante, lo más importante de este cambio de postura del TS viene dado porque ha considerado que la comisión de apertura forma parte del precio del contrato, lo que implica elevarla a categoría de componente integrante del objeto principal del negocio celebrado.

Indica el TS que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

Manifiesta el TS que:

El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

Como indica el TS:

no estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actua-



ciones iniciales de la concesión del préstamo. La fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto<sup>18</sup>.

### 3. *¿Objeto principal del contrato celebrado?*

Como hemos señalado, la jurisprudencia consideraba la comisión de apertura como una cláusula accesorio. Por todas, puede citarse la SAP Álava (Secc 1ª) de 20 febrero 2018 (AC 2018/761).

Para el TS, en la STS 23 de enero de 2019, la comisión de apertura no es una cláusula accesorio, sino parte del precio. En este sentido manifiesta 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. Ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

La comisión de apertura forma parte del precio total del contrato de préstamo y se integra como elemento destacado y de presencia necesaria en la tasa anual equivalente (en lo sucesivo, TAE) y en las fichas de información normalizada, y, por ello, es uno de los extremos relevantes junto con el interés remuneratorio que permite al consumidor valorar el precio total del crédito y comparar entre distintas ofertas.

<sup>18</sup> STS 23 de enero de 2019 (RJ 2019/114), FJ 3º. 19.

Al hecho de ser parte integrante y necesaria del precio total del crédito se une su conexión necesaria con prestaciones y tareas a cargo del prestamista que son inseparables y presupuesto imprescindible de la concesión de crédito y su disfrute por el consumidor (estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión hasta la puesta a disposición de los fondos en el momento y lugar acordados con el solicitante de crédito).

Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá. Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

Por lo tanto, podemos concluir que la comisión de apertura es:

1º Objeto principal del contrato: cuando existe, la comisión de apertura, forma parte del objeto principal del préstamo bancario, pues es un componente más del coste total del crédito, que el consumidor tiene en cuenta al contratar.

2º Es un elemento expresamente indicado en la TAE y en las Fichas de Información Normalizada (FEIN-ESIS).

3º Al ser parte del objeto principal, no cabe el enjuiciamiento de la comisión de apertura conforme al control de contenido, para ser declarada cláusula abusiva, sino, que debe atenderse al control de transparencia.

#### 4. *Control aplicable: ¿transparencia o abusividad?*

Si la comisión de apertura es parte del precio: y por tanto objeto principal del contrato, tal como señala la STS 23 enero 2019 (RJ

2019/114): la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia puesto que no es una partida ajena al precio del préstamo.

Aun así debe quedar claro que la comisión de apertura no es igual a la actividad desarrollada para la disposición del efectivo por el prestatario, sino que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

Como bien señala el TS:

en tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado SSTs 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las SS de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 25 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*<sup>19</sup>.

Por lo tanto, el único juicio al que debe someterse a la comisión de apertura, en tanto que parte del objeto principal del contrato, junto al tipo de interés, es el de transparencia. Si la cláusula supera o no el control de inclusión (o transparencia formal) y el de transparencia (material). Si no supera el control de transparencia ya sea formal o material, se considerarán como cláusulas nulas de pleno derecho, tal

<sup>19</sup> STS 23 de enero 2019, (RJ 2019/114), F.J. 3º, 21.

como señalan respectivamente los arts. 5.5 de la LCGC<sup>20</sup>, y el nuevo párrafo final del art. 83 TRLCU<sup>21</sup>. En definitiva se determina la nulidad en caso de no transparencia de la comisión de apertura.

5. *Regulación actual de la comisión de apertura, tras la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*

La STS de 23 de enero de 2019 realiza un recorrido por la normativa que ha regulado la comisión de apertura.

Tal como señala la STS 23 enero de 2019:

La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU. No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito».

Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1º, de la Circular

<sup>20</sup> La Disp. Final 4ª de la Ley 5/2019 ha modificado el art. 5.5 de la LCGC, a tenor del cual: «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

<sup>21</sup> La Disposición Final 8ª Ley 5/2019 ha introducido un párrafo final en el art. 83 TRLCU, según el cual: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Hagamos un breve recorrido por esta normativa reglamentaria y legal señalada y revisada en la propia STS:

1) La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, establecía en su art. 5, que:

las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas.

Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

2) La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificó lo dispuesto en anteriores circulares del Banco de España para adaptarse a lo previsto en la citada orden. En la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, el apartado 1-bis-b de la norma tercera estableció:

En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [...], la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.

La Circular 8/1990 regulaba también cómo debía calcularse la tasa anual equivalente (TAE) y se establecía:

En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo.

Una previsión similar se incluyó posteriormente en la Circular 5/2012, de 27 de junio.

3) La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II, estableció la siguiente regulación sobre las comisiones:

Apartado 4 – Comisiones:

1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará <comisión de apertura> y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la <comisión de apertura>, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo.

4) La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

5) La 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, prevé:

En el apartado «Otros componentes de la TAE» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales.

Dicha Directiva se ha incorporado mediante la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario.

En el artículo, 14.4 al regular las normas de transparencia en la comercialización de créditos hipotecarios, se establece que:

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. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

Y en Los Anexos I y II de la Ley 5/2019, se incorpora en el modelo de Ficha de Información Normalizada, la referencia a la comisión de apertura dentro de la TAE, como comisión o coste que debe abonarse de una sola vez.

## 6. Conclusiones

La comisión de apertura es:

- 1) Cláusula lícita
- 2) Componente del coste total del préstamo, y por lo tanto del precio del mismo. Es parte del objeto principal del contrato.
- 3) Es un componente de la TAE, que debe indicarse expresamente, que se paga de una sola vez, al inicio de la ejecución del préstamo.
- 4) Sólo puede someterse a control de transparencia. Si no fuese transparente, de declararían la nulidad de pleno derecho de la misma.