

La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo

José M.ª López Jiménez

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Civil en la Universidad de Málaga
Coordinador del proyecto de educación financiera Edufinet

Diario LA LEY, Nº 10273, Sección Tribuna, 24 de Abril de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo](#)

[I. Introducción](#)

[II. Breve referencia a la comisión de apertura y a su normativa reguladora](#)

[III. La sentencia del TJUE \(Sala Cuarta\) de 16 de marzo de 2023 \(asunto C-656/21\)](#)

[1. Litigio principal](#)

[2. La cuestión prejudicial](#)

[A\) Primera pregunta](#)

[B\) Segunda pregunta](#)

[C\) Tercera pregunta](#)

[IV. Conclusiones](#)

[V. Referencias bibliográficas](#)

Normativa comentada

Directiva 93/13 CEE, de 5 Abr. (cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores).

Artículo 3

Artículo 4

Artículo 5

L 5/2019 de 15 Mar (reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 4. *Definiciones.*

CAPÍTULO II. Normas de protección del prestatario

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 14. *Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.*

L 10/2014 de 26 Jun. (ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito)

TÍTULO I. De las entidades de crédito

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 1. *Entidades de crédito.*

L 2/2009 de 31 Mar. (contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito)

L 2/1994 de 30 Mar. (subrogación y modificación de préstamos hipotecarios)

Artículo 8. *Honorarios notariales y registrales en la subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios.*

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO. De las obligaciones

CAPÍTULO III. DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA. De las obligaciones puras y de las condicionales

Artículo 1124

TÍTULO II. De los contratos

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1258

OM EHA/2899/2011 de 28 Oct. (transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

TÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 3. *Comisiones.*

OM 5 May. 1994 (transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios)

Circular Banco de España 5/2012 de 27 Jun. (transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos)

Circular 8/1990 de 7 Sep. (regula la transparencia de las operaciones y protección de la clientela)

Jurisprudencia comentada

TJUE, Sala Cuarta, S, 16 Mar. 2023 (Rec. C-565/2021)

TJUE, Sala Cuarta, S, 16 Jul. 2020 (C-224/2019)

TJUE, Sala Novena, S, 26 Feb. 2015 (C-143/2013)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 506/2020, 5 Oct. 2020 (Rec. 4767/2017)

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 417/2020, 10 Jul. 2020 (Rec. 3477/2017)

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 44/2019, 23 Ene. 2019 (Rec. 2982/2018)

Comentarios

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la cláusula reguladora de la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, tomando como referencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en la sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019, y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial atención a la sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto C-656/21), que da respuesta a una cuestión prejudicial dirigida por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

I. Introducción

La comisión de apertura se asocia a los contratos de préstamo mercantil, sean estos personales o cuenten con garantía hipotecaria. Se trata de una comisión regulada empleada por las entidades bancarias desde hace décadas, que tiene por objeto la compensación de los gastos de estudio, tramitación y concesión del préstamo. La comisión de apertura también se puede devengar en operaciones, en sentido estricto, de crédito hipotecario (1).

Como afirma el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019 (LA LEY 253/2019), esta cláusula «es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario» (lo que, como veremos, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—, no la valida de manera automática).

Cuando las solicitudes de crédito —nombre común en la práctica bancaria— se rechazan por la falta de la necesaria solvencia del posible deudor o por otros motivos, al igual que en los casos en los que la entidad está dispuesta a conceder el préstamo pero es el solicitante quien finalmente desestima la oferta, no se produce su devengo.

La cuantía de la comisión de apertura se calcula aplicando un tanto por ciento al importe del préstamo concedido. A veces, la entidad prestamista fija un importe

La cuantía de la comisión de apertura se calcula aplicando un tanto por ciento al importe del préstamo concedido. A veces, la entidad prestamista fija un importe mínimo a la comisión. Es decir, en un préstamo hipotecario de 100.000 euros, por ejemplo, una comisión de apertura del 1 % motivará que el cliente deba abonar por este concepto 1.000 euros.

La sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada establece que «la



mínimo a la comisión

comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el

préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales». Precisamente, y nos remitimos a lo que se expondrá posteriormente, este es uno de los puntos de desencuentro con el TJUE, que estima que la comisión de apertura es un elemento no principal sino accesorio de la operación bancaria de financiación o activo.

A diferencia del interés remuneratorio, que se satisface con carácter periódico (mensualmente por lo general), la comisión de apertura de abona de una tacada al prestamista por el deudor a la entrega del capital mediante su abono en cuenta: al apunte de abono le suele seguir a continuación el de cargo para el pago de la comisión de apertura.

Cuestión diferente es que, movidas por las fuerzas del mercado y de la competencia, algunas entidades prestamistas hayan decidido prescindir de la comisión de apertura, quedando contraído el precio del préstamo, en toda su extensión, al interés remuneratorio. Esta circunstancia no se le ha escapado al Tribunal Supremo, que ha señalado (sentencia núm. 44/2019) que el hecho de que algunos prestamistas «hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo». Quizás sea esto lo que demuestre, para Pantaleón (2023), que se trata de un elemento principal del contrato, no meramente accesorio.

Sería interesante evaluar con más detalle, atendiendo a las diversas ofertas comerciales, si la supresión de la comisión de apertura por una entidad podría motivar un correlativo aumento del interés ordinario, o no, así como otras posibles adaptaciones del clausulado financiero de las escrituras de préstamo y crédito hipotecario.

Durante años se ha tratado de una comisión pacífica, que no ha motivado reclamaciones ni despertado litigación, pero la situación ha cambiado recientemente (2) . El Banco de España (2022, pág. 21) admite que, en relación con los préstamos hipotecarios, entre los principales conflictos entre las entidades y sus clientes de 2021 podemos encontrar el asociado con la comisión de apertura, lo que confirma que con la sentencia del Supremo de 2019 no se cerró en firme esta problemática.

No sorprende, por tanto, que el Tribunal Supremo, a propósito de esta comisión y de un nuevo asunto sujeto a su consideración, suspendiera un procedimiento judicial y planteara al TJUE, nuevamente (3) , una cuestión prejudicial integrada por tres puntos, resuelta por medio de la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023) (asunto C-656/21), que será objeto de comentario a continuación. Con carácter previo, añadiremos algunas referencias sobre la comisión de apertura, para, tras el análisis de la sentencia del TJUE, finalizar estas reflexiones con algunas conclusiones.

II. Breve referencia a la comisión de apertura y a su normativa reguladora

En los contratos de préstamo mercantil, ya sean personales o hipotecarios, la compensación económica al prestamista suele identificarse con el pago de intereses por la disposición de un capital ajeno.

No es infrecuente que, adicionalmente, el prestatario deba hacer frente al pago de la llamada comisión de apertura

No es infrecuente que, adicionalmente, el prestatario deba hacer frente al pago de la llamada comisión de apertura, que responde, lo que es especialmente ostensible en la contratación hipotecaria, a la actividad desarrollada por el prestamista para analizar la solicitud de crédito y, en su caso, para su formalización. Ambos conceptos (interés remuneratorio y comisión de apertura) comprenden a juicio del Tribunal Supremo, como se ha mostrado, el precio del contrato (4) .

Esta actividad previa desplegada por los posibles prestamistas se desarrolla con detalle por el Tribunal Supremo (sentencia núm. 44/2019 (LA LEY 253/2019)): «[...] 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, etc.», lo que muestra 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».

Es interesante el matiz añadido por el TJUE y puesto de relieve por Artigot (2018), pues, para aquel, sin cuestionar la existencia de cláusulas contractuales que resultan en costes del préstamo para el consumidor distintas y adicionales al interés remuneratorio, se «diferencia entre los costes totales del crédito para el consumidor y el precio del contrato *strictu sensu*» (5).

En el ámbito de la actividad desarrollada por las entidades de crédito, con carácter general, según el art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (LA LEY 20192/2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, «Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes». Además, «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 habidos».

En este punto en concreto la comisión de apertura ofrece alguna singularidad remarcable. Para el Tribunal Supremo (sentencia núm. 44/2019 (LA LEY 253/2019)), con cita de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde, de 19 de septiembre de 2017, «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».

Este es justamente, en opinión de Pantaleón (2023), uno de los aspectos novedosos de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023): «[...] la Excm. Sala Primera resaltarán, previsiblemente, que, en su Sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE (LA LEY 29060/2023) ha tenido buen cuidado en no exigir que la entidad financiera demuestre que prestó los referidos servicios al concreto prestatario. Y, más precisamente, que en dicha Sentencia han desaparecido los apartados 78 y 79 de la Sentencia de TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 (LA LEY 69220/2020), entre CY y Caixabank, S.A., y C-259/19 entre LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; que son los apartados de los que podía deducirse dicha exigencia de prueba a la entidad financiera, y de los que el TJUE abjura patentemente en los apartados 53 a 57 de su Sentencia de 2023 [...]».

La comisión de apertura ha sido expresamente contemplada por la regulación bancaria y de consumo desde hace años. Este sería el caso, por ejemplo, de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994 (LA LEY 1668/1994) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (LA LEY 5465/2009), 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, o de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LA LEY 3741/2019).

También se podrían mencionar expresamente como conocedoras de esta cláusula las normas de transparencia del Banco de España (Circular 8/1990, de 7 de septiembre (LA LEY 2445/1990), relevada por la vigente Circular 5/2012, de 27 de junio (LA LEY 12040/2012), a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos).

Según el art. 14.4 de la Ley 5/2019 (LA LEY 3741/2019), en términos muy parecidos a los de la Orden de 5 de mayo de 1994 (LA LEY 1668/1994), «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». «La comisión de apertura forma parte de los costes fijos de los préstamos y créditos hipotecarios», apostilla el Banco de España (2022, pág. 396).

III. La sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023 (asunto C-656/21)

Parece evidente que el Tribunal Supremo no las tiene todas consigo, a pesar de lo expuesto, cuando ha necesitado elevar una cuestión prejudicial, resuelta por la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023), cuyos principales argumentos pasamos a exponer.

1. Litigio principal

El contrato controvertido se formalizó en septiembre de 2005 por la entidad bancaria y un consumidor. Su importe ascendió a 130.000 euros, y la comisión de apertura satisfecha a 845 euros. En abril de 2018 el consumidor demandó al banco, planteando la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y la restitución de la cantidad abonada como consecuencia de su aplicación. La demanda fue estimada por el juzgado de primera instancia, que declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad a devolver al consumidor el importe pagado.

Según la sentencia del TJUE (apartado 10), el recurso de apelación formulado por el banco fue desestimado por considerarse por la Audiencia que aquel «no había justificado que el importe de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo».

El banco interpuso recurso de casación ante el Supremo. El apartado 11 de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023) es cardinal para entender las razones que llevaron al Tribunal Supremo a trasladar nuevas cuestiones al Tribunal de Luxemburgo: «El Tribunal Supremo considera que la respuesta que el Tribunal de Justicia dio en su sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578 (LA LEY 69220/2020)), a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon sobre la comisión de apertura en los préstamos y créditos hipotecarios y sobre la jurisprudencia que acerca de esa cuestión ha establecido el Tribunal de Justicia vino determinada por el hecho de que los órganos judiciales remitentes expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada. A juicio del Tribunal Supremo, esta circunstancia propició que una parte importante de los órganos judiciales españoles interpretaran que esa sentencia del Tribunal de Justicia declaraba que la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura era contraria al Derecho de la Unión».

A continuación, para cada una de las tres preguntas integrantes de la cuestión prejudicial, recogidas por extenso en el apartado 12 de la sentencia de 16 de marzo de 2023, destacaremos los argumentos más relevantes del TJUE.

2. La cuestión prejudicial

A) Primera pregunta

En síntesis, el Tribunal Supremo plantea si se opone a los artículos 3.1 (LA LEY 4573/1993), 4 (LA LEY 4573/1993) y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una jurisprudencia nacional que considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, por lo que no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible.

En primer lugar, el TJUE acota y reformula la cuestión, pues considera que el contraste debe llevarse a cabo únicamente respecto del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) (6).

El apartado 15 de la sentencia parte, lo que no parece discutible, de que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

El TJUE diferencia seguidamente (apartado 17), con alcance general, entre el objeto principal del contrato y las cláusulas de carácter accesorio, para precisar, respecto de los contratos de crédito (7) que:

- «En un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos» (apartado 18).
- Como se señaló en la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19), apartado 64, «el Tribunal de Justicia declaró que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un contrato de préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este» (apartado 19) (8).

Teniendo bien presente la posición del Tribunal Supremo contenida en la sentencia núm. 44/2019, el TJUE especifica (apartado 20):

- El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), como excepción que es «al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que

establece dicha Directiva», debe ser objeto de interpretación estricta (apartado 21).

– «[...] no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito» (apartado 23).

El TJUE identifica el objeto principal con el reembolso del capital, aumentado con los intereses pactados, en el plazo previsto; la comisión de apertura sería un elemento accesorio, no principal, del préstamo (9) .

B) Segunda pregunta

En síntesis, el Tribunal Supremo plantea, a la vista del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), el alcance del conocimiento generalizado de la cláusula de apertura entre los consumidores, de la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, de la publicidad de las entidades bancarias, de la especial atención que le presta el consumidor medio, y de que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

El TJUE (apartados 26 y 27) parte de que, según se ha mostrado, la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato al no ser un elemento esencial en el sentido del art. 4.2 de la Directiva de Cláusulas Abusivas.

Por ello, el TJUE (apartados 29 y 28) vuelve a reformular la cuestión, interpretando que, en realidad, el Tribunal Supremo tiene interés en evaluar la comisión de apertura a la vista del art. 5 de la Directiva, que preceptúa que «las cláusulas contractuales escritas deberán estar redactadas "siempre" de forma clara y comprensible» (10) .

El art. 5 se debe interpretar «de manera extensiva» (apartado 30), lo que alcanza a la comprensión gramatical pero también a la de las consecuencias económicas derivadas de la estipulación (apartado 31).

En el apartado 33 de la sentencia, el TJUE admite que el órgano judicial debe tener en cuenta todos los «aspectos de hecho pertinentes» para su evaluación, lo que comprende la publicidad y la información ofrecida en el contexto de la negociación, a la vista del célebre estándar del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

A la vista de la doctrina del TJUE (sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19)) en virtud de la cual se concluye que para evaluar la transparencia de una cláusula siempre será necesario el examen del juez competente (apartados 34 y 35), el apartado 36 de la sentencia del TJUE revela uno de los aspectos clave para el entendimiento de la nueva cuestión prejudicial y su justificación: el Supremo destaca que, «contrariamente a la información facilitada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente en los asuntos Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19), de su jurisprudencia no se desprende en absoluto que deba considerarse que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura, como la controvertida en el litigio principal, cumple "automáticamente", a la vista en particular de las obligaciones que fija la normativa nacional pertinente, la exigencia de transparencia que resulta tanto del artículo 4, apartado 2, como del artículo 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993)».

Y es en este contexto (apartado 38 de la sentencia), que el TJUE acepta, como se debe entender el segundo punto de la cuestión prejudicial y su resolución.

El análisis de todos los hechos pertinentes, ya mencionado, se acompaña de un cardinal matiz (apartado 41): «[...] la notoriedad de tales cláusulas [comisión de apertura] no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible».

El TJUE pone en pie de igualdad «la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional» y «la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato» (apartado 42).

Aunque la cláusula por la que se establece la comisión de apertura, según el TJUE, no es un elemento esencial del contrato, como aspecto accesorio sí puede ser relevante para la comprensión de sus efectos económicos por el consumidor «la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión» (apartado 46), se añade.

C) Tercera pregunta

El Tribunal Supremo plantea, en síntesis, si la comisión de apertura, con los diversos atributos ya comentados,

enmendados significativamente por el TJUE como se ha mostrado, puede causar, en contra del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), y contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

El TJUE, tras repasar su anterior doctrina, expresa en el apartado 59 de la sentencia que una cláusula regulada como la comisión de apertura no parece que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que:

- no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones (estudio, diseño, tramitación singularizada), o,
- el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

IV. Conclusiones

A la vista de las diversas resoluciones judiciales mencionadas, especialmente de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023), en la que nos hemos centrado, albergamos dudas de que el debate sobre las cláusulas de apertura en los préstamos hipotecarios haya quedado zanjado, en beneficio especialmente de la seguridad jurídica.

Si hemos de partir de que el principio de la máxima protección al consumidor es irrenunciable, también se ha de admitir, de un lado, la importancia del sector bancario para la concesión del crédito y el bienestar material de la sociedad, y, de otro, la conveniencia de aliviar a los tribunales de una litigación financiera desbocada en los últimos años.

Igualmente, se ha de conciliar el rol del TJUE al interpretar el acervo comunitario, por un lado, con el papel del Tribunal Supremo como responsable de la aplicación uniforme del Derecho a través de la doctrina jurisprudencial y, por otro, con la independencia judicial.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LA LEY 3741/2019), de transposición de normativa europea, ha contribuido sin duda a una mejora de las relaciones entre las entidades bancarias y sus clientes, pero no ha sido, por lo se ve, un instrumento para una definitiva y permanente normalización.

No suelo finalizar los escritos académicos empleando como colofón reflexiones ajenas, pero, en este caso, no tengo más remedio que remitirme, como deseo quizás, a las palabras de la Subgobernadora del Banco de España (Delgado, 2020, págs. 5 y 6): «Si me admiten una pequeña licencia, me gustaría que, además de discutir sobre conflictos pasados, estas jornadas sirvieran también para reflexionar sobre papel del sector bancario como apoyo de empresas y consumidores en el difícil entorno que ha provocado la crisis de la COVID. Creo que sería positivo intentar aprender de los errores del pasado y tratar de superar ese clima de confrontación cliente-banca. A fin de cuentas, estamos todos en el mismo barco, y debemos salir de esta crisis juntos».

V. Referencias bibliográficas

Álvarez Royo-Villanova, S. (2023): «De nuevo la comisión de apertura: la STJUE de 16 de marzo de 2023 (LA LEY 29060/2023)», blog Hay Derecho, 16 de marzo. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.hayderecho.com/2023/03/27/procedimiento-prejudicial-sentencia-tribunal-supremo-de-justicia-16-de-marzo/>

Artigot Golobardes, M. (2018): «La relación entre costes y precios en los contratos de hipoteca y su relevancia en el análisis de abusividad: la comisión de apertura», Almacén de Derecho, 6 de octubre. Accesible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/la-relacion-entre-costes-y-precios-en-los-contratos-de-hipoteca-y-su-relevancia-en-el-analisis-de-abusividad-la-comision-de-apertura>

Banco de España (2022): «Memoria de reclamaciones (2021)», julio. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/informes-y-memorias-anuales/memoria-de-reclamaciones/>

Delgado, M. (2020): Discurso de apertura de las jornadas «Los consumidores ante el mercado hipotecario post-COVID», organizadas por ADICAE, 18 de noviembre. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/intervpub/intervenciones-p/discurso-de-apertura-de-las-jornadas-%E2%80%9Clos-consumidores-ante-el-mercado-hipotecario-post-covid---organziadas-por-adicae.html>

Edufinet (sin fecha): «¿Qué diferencia existe entre un préstamo y un crédito?». Accesible en el siguiente enlace: <https://www.edufinet.com/inicio/creditos-y-prestamos/aspectos-generales/que-diferencia-existe-entre-un-prestamo-y-un-credito>

López Jiménez, J. M.^a (2022): «Acicates, regulación y contratación financiera», EdufiAcademics, Working Paper 15/2022, 15 págs. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.edufinet.com/edufiacademics/documentos-de-trabajo>

Pantaleón Prieto, F. (2020a): «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)», Almacén de Derecho, 14 de septiembre. Accesible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-i>

Pantaleón Prieto, F. (2020b): «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)», 20 septiembre. Accesible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-y-ii>

Pantaleón Prieto, F. (2023): «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo: dos vaticinios», Almacén de Derecho, 20 de marzo. Accesible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-dos-vaticinios#comments>

Rodríguez-Rosado, B. (2022): «La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil (LA LEY 1/1889): una relectura actual», en Morales Moreno, A.-M. (dtor.), y Blanco Martínez, E. V. (coord.), *Estudios de derecho de contratos*, vol. II, Agencia Estatal BOE, Madrid, págs. 989-1.031.

Sánchez Macías, J. I. (2019): «La Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LA LEY 3741/2019) desde el Análisis Económico del Derecho», en López Jiménez, J. M.^a (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LA LEY 3741/2019)*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 113-128.

(1) Aunque, en la práctica, muchas veces estos dos términos (préstamo y crédito) se usan indistintamente, el concepto de crédito es más genérico y comprende la cesión de dinero a una persona. Dicha cesión puede concretarse a través de diferentes formas y una de ellas es el préstamo.

A través de un préstamo: (i) el prestamista (acreedor) entrega una suma de dinero (capital o principal) al prestatario (deudor) a cambio del pago de un interés; (ii) el prestatario contrae la obligación de devolver (amortizar) el capital prestado en un determinado plazo y de hacer frente a la carga de intereses correspondiente.

No obstante, el concepto de crédito se utiliza también con un significado específico. Así, un crédito es un contrato en virtud del cual la entidad financiera (denominada «acreditante») pone a disposición del cliente (denominado «acreditado») una determinada cantidad de dinero máxima durante un período concreto, a cambio del pago de intereses y de una serie de comisiones (por todo lo anterior, véase Edufinet, sin fecha).

Desde la perspectiva normativa, una referencia a esta diferencia entre préstamos y créditos es perceptible, por ejemplo, en el art. 8 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (LA LEY 1224/1994) («Honorarios notariales y registrales en la subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios»).

En la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que da pie a este trabajo también se alude, con precisión, a préstamos y créditos hipotecarios.

(2) Para Álvarez (2023), «La posible abusividad de la comisión de apertura es otra saga (como la de los gastos hipotecarios o el IRPH) que considerábamos cerrada».

(3) El TJUE se pronunció con anterioridad por medio de la sentencia de 16 de julio de 2020, asunto CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-224/19 y C-259/19), para dar respuesta a las preguntas remitidas por otro órgano judicial de la jurisdicción española. Para más detalle véase Pantaleón (2020a, 2020b).

(4) Desde el análisis económico del Derecho, Sánchez (2019, pág. 216) aporta algunas reflexiones de interés acerca de los costes de estudio de los préstamos hipotecarios: «En relación con los costes derivados del estudio de las operaciones que sí acaban perfeccionándose, la cuestión es algo diferente. En este caso, las opciones que se abren a los prestamistas son, al menos, cuatro. Cabe trasladar, en primer lugar, hacia adelante esos costes al cliente, a través de la comisión de apertura, que englobará, a tenor del artículo 14.4 [de la Ley 5/2019 (LA LEY 3741/2019)], 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 y que, de ser pactados, serán abonados por el prestatario una sola vez al comienzo de la vida del préstamo. Una segunda posibilidad sería trasladar los costes hacia adelante pero no mediante un servicio comisionable sino a través de los precios (tipo de interés) de la operación. En tercer lugar, el prestamista podría trasladar esos costes de forma horizontal a todos los clientes (o un subconjunto de ellos), ya sean de productos de activo o de pasivo, y no sólo a los prestatarios de contratos hipotecarios. Finalmente, el prestamista puede asumir esos costes como propios, minorando su cuenta de resultados y eventualmente los beneficios distribuidos».

Artigot (2018), en clave de análisis del comportamiento aplicado al Derecho y a la Economía («Behavioral Law and Economics») opina que, «al ser la comisión de apertura un pago inmediato y único, su impacto es más fácil de estimar por un consumidor, que el de los pagos futuros de un interés que se prolongarán acaso 30 años y que, además, pueden variar». Este sugerente enfoque aplicado a la regulación, que compartimos, lo hemos tratado con anterioridad en diversos trabajos; por todos, véase López (2022).

(5) «Según esta sentencia Matei, las comisiones bancarias en general que son parte del coste total del crédito para el consumidor y forman parte de la TAE (TJUE C-143/13 (LA LEY 6612/2015) Matei) no se identifican necesariamente y en todo caso con el precio en sentido estricto que supone la contraprestación del servicio financiero del anticipo de numerario y que sería objeto principal del contrato» (Artigot, 2018).

Según el art. 4, definición 14, de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LA LEY 3741/2019), la Tasa Anual Equivalente (TAE) se identifica con «el coste total del préstamo para el prestatario, expresado como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario».

(6) Ciertamente, un ligero cambio de matiz en las alambicadas cuestiones elevadas puede originar en sede de argumentación consecuencias no deseadas, incluso omisiones, con potencial para alterar el sentido del pronunciamiento respecto de lo inicialmente planteado.

(7) La sentencia en este punto no es muy precisa técnicamente, pues, en su literalidad, parecería estar refiriéndose, exclusivamente, a un contrato de crédito hipotecario, en el que hay puesta a disposición y no entrega como tal del capital. En todo caso, el entendimiento de los contratos de préstamo como de carácter real ya está superado, y estos contratos se pueden considerar consensuales con apoyo en el principio general del art. 1.258 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Para Rodríguez-Rosado (2022, pág. 1.006), «Las Sentencias 417/2020, de 10 de julio (LA LEY 75795/2020), y 506/2020, de 5 de octubre (LA LEY 129985/2020), han establecido el carácter consensual del préstamo bancario de dinero, con argumentos fácilmente trasladables a todo contrato de mutuo, comodato y depósito».

(8) Merece recordar en este punto la cita a Artigot (2018) del apartado anterior: hay comisiones con impacto en el precio, y otras que no le afectan (al precio) aunque formen parte del cálculo de la TAE. La situación de la comisión de apertura se puede considerar, en este sentido, como singular, y no resultar comparable con la propia de otras comisiones y gastos de la contratación hipotecaria.

(9) Nos parece llamativa esta conclusión, propia del derecho de protección del consumidor, desde la perspectiva de la normativa bancaria, en la que expresamente se admite que las entidades de crédito son las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia (art. 1.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LA LEY 10274/2014)), lo que enlaza bien con que las gestiones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito son inherentes a la actividad de la entidad financiera, y, por tanto, más cercanas al objeto principal del contrato que a sus elementos accesorios.

(10) Para Pantaleón (2023), el TJUE incurre en un «disparate» al «afirmar que la exigencia de redacción clara y transparente de las cláusulas tiene el mismo significado en los artículos 4.2 *in fine* y 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y, a la vez, que la misma prescribe una transparencia sustantiva o material -i. e., que un consumidor medio atento y perspicaz esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de la cláusula en cuestión-, y no sólo formal o gramatical». Considera, en general, que el sentido de la excepción del art. 4.2 es que la competencia en el mercado expulse del tráfico las cláusulas abusivas.