

La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020

La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020

Francisco Zaragoza Cano y Alejandro Antonietty Adame

Abogados en el despacho ACJ Abogados

Actualidad Civil, Nº 9, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Septiembre 2021, Wolters Kluwer

LA LEY 9324/2021

Resumen

Tras el dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, la validez de la cláusula de la comisión de apertura de los préstamos con garantía hipotecaria ha retornado a la primera plana del debate jurídico. Dicha cuestión había sido resuelta con cierta contundencia en favor de la no abusividad de la cláusula por la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 44/2019, de 23 de enero, pero el Alto Tribunal Europeo ha vuelto a sembrar ciertas dudas sobre su eventual nulidad. En el presente artículo, analizaremos la validez de la meritada cláusula desde los prismas de la transparencia y abusividad, para acabar concluyendo en la superación de ambos controles, apoyándonos para ello en la más reciente jurisprudencia menor y, como no podría ser de otra forma, en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

Palabras clave

Comisión de apertura, préstamos, garantía hipotecaria, nulidad, abusividad.

Abstract

Following the ruling of the Court of Justice of the European Union of 16 July 2020, the validity of the arrangement fee clause in mortgage loans has returned to the forefront of the legal debate. This issue had been resolved with some forcefulness in favour of the non-unfairness of the clause by Tribunal Supremo (Supreme Court) Ruling no. 44/2019 of 23 January, but the European High Court has once again sowed certain doubts about its possible nullity. In this paper, we will analyse the validity of the aforementioned clause from the viewpoints of transparency and unfairness, and we will end by concluding on the overcoming of both controls, relying on the most recent minor case law and, of course, on the case law of our Supreme Court.

Keywords

Arrangement fee, loans, mortgage guarantee, nullity, unfairness.

I. Consideraciones preliminares

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 44/2019, de 23 de enero de 2019 propugnó la validez la cláusula que establecía una comisión de apertura en los préstamos con garantía hipotecaria. El Alto Tribunal sustenta tan categórica afirmación en la exclusión del control de contenido o abusividad de la cláusula de comisión de apertura, toda vez que compone parte sustancial del precio del préstamo. Dicha salvedad se encuentra expresamente prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los

contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13 (1)). Con motivo de dicha excepción al control de abusividad de la cláusula controvertida, el Tribunal Supremo declara válida la misma.

Si bien, con posterioridad al dictado de la referida Sentencia, y cuando se presuponía cuestión pacífica en el seno de nuestra jurisprudencia nacional, el Juzgado de 1ª Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, mediante Auto de 12 de marzo de 2019, planteó trece cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) relativas al análisis de la posible abusividad de la cláusula de la comisión de apertura, que sirvieron para reabrir el debate. El TJUE resolvió de manera conjunta dichas cuestiones prejudiciales, amén de otras dos planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Ceuta, en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (2) . Aunque en la referida Sentencia también se analizan determinadas cuestiones sobre la abusividad de la cláusula de gastos de constitución de hipoteca introducidas por el citado Juzgado de Ceuta, en el presente artículo nos centraremos exclusivamente en aquellas que resuelven sobre la cláusula de la comisión de apertura.

La citada sentencia del TJUE se estructura en cinco partes, focalizándonos a efectos del presente artículo, en la segunda y en la tercera respectivamente, relativas a la cláusula que impone una comisión de apertura, y al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se pudieran derivar de tal estipulación.

En primer término, nos referiremos a los pronunciamientos de la Sentencia del TJUE concernientes a los controles de transparencia y abusividad de la cláusula de la comisión de apertura. El Tribunal de Luxemburgo pasa a exponer que los conceptos de «*objeto principal*» y «*precio*», en el sentido expresado por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no pueden llegar a equipararse al concepto de «*coste total del crédito para el consumidor*». Es decir, la comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario solo por el hecho de que esté incluida en el coste total de éste. En otras palabras, según el TJUE, la cláusula de la comisión de apertura puede someterse tanto a los controles de transparencia como de abusividad, tratando a la misma como a un elemento accesorio no esencial del contrato de préstamo. Igualmente, nos recuerda el TJUE, el carácter restringido de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que excluye precisamente el control de abusividad de las cláusulas (3) .

Asimismo, el TJUE insiste en que, en todo caso, y aunque la cláusula de comisión de apertura pudiera llegar a tener cabida en la concepción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, ello no la excluiría del control de transparencia formal, y también real (4) , contemplado en el artículo 5 de la meritada Directiva, tal y como establecía la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (5) , referida a la controvertida cláusula IRPH. De hecho, incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha proporcionado al consumidor elementos suficientes para que éste conociera del contenido y funcionamiento de la cláusula. Expuesto lo anterior, el TJUE acaba concluyendo que la comisión de apertura, como elemento accesorio del contrato, no tiene cabida dentro de la definición de «*objeto principal del mismo*», por mucho que dicha comisión se incluya en el coste total del préstamo.

Seguidamente, nos referiremos a los pronunciamientos de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, relativos a un eventual desequilibrio entre los derechos y obligaciones del consumidor que pudiera atentar contra las exigencias de la buena fe, derivadas de la existencia y aplicación de la cláusula de comisión de apertura. Para ello, el TJUE nos recuerda que debe ser el juez nacional, quién debe decidir si se ha producido o no el citado desequilibrio, respetando la jurisprudencia establecida por dicho tribunal. Para la realización del mencionado control, el TJUE considera que, según la Ley 2/2009 (6) , los gastos y comisiones repercutidos al cliente, deben responder a servicios efectivamente prestados al mismo, dado que, en caso contrario, se vislumbraría un desequilibrio importante en las contraprestaciones de las partes, circunstancia que provocaría la abusividad de la

cláusula. Es decir, el TJUE deja en manos del juez nacional la declaración de abusividad de la cláusula de la comisión de apertura en base a los parámetros esgrimidos.

Esto es, el TJUE rectifica parcialmente lo resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2019, pero únicamente en lo relativo a la no esencialidad de la comisión de apertura como parte del precio del préstamo, constituyendo éste un elemento accesorio. No obstante lo anterior, el TJUE en caso alguno ha determinado que la cláusula relativa a la comisión de apertura haya de ser considerada como poco transparente, y/o abusiva, dejando en manos del juez nacional dicha decisión. No obstante, como expondremos más adelante, el pronunciamiento del TJUE en su Sentencia de 16 de julio de 2020 ha de interpretarse con cautela y teniendo en consideración la imagen sesgada que el órgano remitente español le transmitió de la Ley 2/2009.

Tanto es así que el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), mediante Auto de 10 de septiembre de 2021, ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE con el objeto de que el Tribunal de Luxemburgo vuelva a pronunciarse sobre la materia proporcionándole una perspectiva completa, y no distorsionada de la normativa nacional y su jurisprudencia, a diferencia de la cuestión previa remitida.

II. Análisis del control de transparencia de la cláusula que establece una comisión de apertura

Con carácter preliminar, se hace necesario delimitar conceptualmente en qué consiste el control de transparencia de una cláusula general de la contratación. En la doctrina se ha subdividido dicho examen de transparencia en dos controles reconocibles y separables: 1º el control de transparencia gramatical o de incorporación y 2º el control de transparencia material. El primero de ellos, y partiendo de la premisa que la cláusula de la comisión de apertura constituye una condición general de la contratación (Ex. Artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en delante LCGC (7)) se encuentra regulado en los artículos 5.5 y 7 de la LCGC. Tal y cómo indica el propio nombre de este primer control, se supervisa la comprensibilidad gramatical de la cláusula, en concreto que ésta sea transparente, clara, concreta y sencilla (artículo 5.5 y artículo 7. A) *sensu contrario*, ambos de la LCGC) y «*L[]as que el adherente no hubiera tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]»* (artículo 7.A) de la LCGC).

Este primer control de transparencia gramatical no supone el conocimiento real y efectivo por parte del consumidor, cuestión que se analiza en sede del control de transparencia material. En tanto en cuanto la cláusula de la comisión de apertura se encuentra inserta en un contrato con consumidores, resulta necesario someter la mencionada cláusula a un segundo control de transparencia (Ex. Artículo 80.1 del 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 y otras leyes complementarias, en adelante, LGDCU).

En cuanto al segundo control de transparencia de la cláusula, se trata de una cuestión analizada por el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 44 de 23 de enero de 2019, en la que se acaba concluyendo en la necesaria superación de dicho control. El Alto Tribunal reconoce el carácter transparente de la cláusula de comisión de apertura puesto que resulta de general conocimiento por los consumidores el hecho consistente en que en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad cobra una comisión de apertura, además del interés remuneratorio. En palabras del Tribunal Supremo, dicha comisión «*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»*. A mayor abundamiento, dicha comisión suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias, siendo igualmente un elemento sobre el que el consumidor presta una especial atención al abonarse por entero en el momento inicial del préstamo, consciente éste de que

consiste en parte sustancial del sacrificio económico que ha de soportar para la obtención final del crédito. Es decir, el consumidor puede entender, o al menos deducir, los servicios que se le prestan en contrapartida a la comisión abonada, en base a la información, documentación y publicidad que recibe, así como a las reuniones a las que acude.

Igualmente, la Sentencia n.º 2548/2020 de 1 de diciembre de 2020 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, concluye en la transparencia de la cláusula añadiendo que su incorporación para el cálculo de la TAE contribuye a su conocimiento por el cliente.

A mayor abundamiento, y reforzando el argumento de la superación de este control de transparencia material, hemos de remitirnos a la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 (8) en el que se enjuiciaba la transparencia de una comisión homóloga a la comisión de apertura, pero en el marco jurídico del derecho húngaro. En dicha Sentencia el TJUE determinó que la cláusula resultaba transparente al no precisarse que se desglosara y explicara con detalle cuáles consistían los servicios retribuidos por la mencionada comisión, bastando con que el cliente conociera de su fundamentación en base a lo dispuesto en el contrato y en la normativa aplicable. El citado argumento es acogido por mayoritaria parte de la doctrina jurisprudencial menor, como la Sentencia n.º 437/2020 de 19 de septiembre de 2020 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se determina que *«se debe entender superado el control de transparencia, aunque no se detallen los servicios o la actuación desarrollada siempre que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto, lo que se desprende en todo caso en nuestro Ordenamiento jurídico de las normas que expresamente regulan dicha "comisión"»*.

En resumidas cuentas, existe cierto consenso en el seno de nuestra jurisprudencia nacional sobre la superación de los dos controles de transparencia por parte de la cláusula de la comisión de apertura.

III. Análisis del control de abusividad de la cláusula que establece una comisión de apertura

Una vez analizado el control de transparencia de la cláusula que establece una comisión de apertura, hemos de recordar que la falta de transparencia de una condición general de la contratación no conlleva automáticamente la declaración de nulidad de la misma (9) . Antes al contrario, la cláusula controvertida ha de ser sometida al test de abusividad previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, transpuesto al ordenamiento jurídico español a través del artículo 82.1 del 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 y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU (10)). En concreto, en el artículo 82.1 del LGDCU se establece una definición de las cláusulas abusivas como a *«aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*.

Pues bien, hemos de recordar que el TJUE estableció en su Sentencia de 16 de julio de 2020 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.»* Es decir, el TJUE parte para pronunciarse de las cuestiones prejudiciales remitidas por el Órgano de origen que, como veremos, se trata de una interpretación sesgada de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura, omitiendo la normativa y reglas completas aplicables a esta comisión. Más concretamente, tal y como indica la Sentencia n.º 71/2021 de 3 de febrero de 2021 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, resulta cuanto menos sorprendente que el órgano jurisdiccional remitente únicamente le facilitara al TJUE el contenido del apartado 1º del artículo 5 de la Ley 2/2009, en el que se establecía en su redacción original que las

comisiones y gastos repercutidos al cliente debían responder a servicios efectivamente prestados. Si bien, en el apartado 2B) del meritado precepto se configuraba una excepción precisamente relativa a la comisión de apertura en los siguientes términos:

«No obstante lo establecido en el apartado anterior:

(...) b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito.

Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito (11) ».

En este mismo sentido, se ha expresado la Sentencia de 1 de diciembre de 2020 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ya citada, que considera que en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE se ha omitido el segundo apartado del artículo 5 de la Ley 2/2009, el cual aporta un tratamiento singular a la comisión de apertura. La diferencia resulta relevante, según ya ha determinado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pues aquello a lo que responde la comisión de apertura viene determinado por la propia normativa que la regula. Con su abono se remuneran actuaciones inherentes y efectivas para la concesión del préstamo, a diferencia del resto de comisiones y gastos, que serán repercutibles solamente si responden a servicios prestados, distintos de la concesión, lo cual exigirá ineludiblemente la demostración de haberse llevado a cabo. De hecho, en la precitada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se estima que se cumple el principio de «realidad del servicio remunerado» en el caso de la comisión de apertura, no existiendo desequilibrio, ni mucho menos éste pueda calificarse de desproporcionado. Es más, en la propia normativa sectorial, como hemos tenido ocasión de mencionar, se ratifica la validez de la comisión de apertura, precisándose en dicha norma qué servicios compensa.

Esto es, las consideraciones 78 y 79 de la Sentencia del TJUE parten de una visión sesgada de la normativa aplicable de la comisión de apertura, por lo que el análisis de la abusividad de dicha comisión no ha de fundarse en una aplicación automática de la meritada Sentencia del TJUE, sino que ha de valorarse a la luz de la normativa realmente aplicable y de la jurisprudencia del órgano supremo de interpretación del derecho nacional, esto es, nuestro Tribunal Supremo.

Esta ha sido precisamente la interpretación efectuada por nuestro Alto Tribunal, al considerar, en su Auto de 10 de septiembre de 2021 ya citado, que el órgano remitente de la cuestión prejudicial transmitió una imagen distorsionada de la normativa interna atinente a la comisión de apertura, al no trasladar al TJUE la regulación específica sobre dicha comisión que excluye la necesidad de demostrar que esta retribuye un servicio efectivamente prestado. Adicionalmente, el Tribunal Supremo considera, en su Auto de 10 de septiembre de 2021, que el órgano remitente de la cuestión prejudicial también trasladó una imagen sesgada de la jurisprudencia del Alto Tribunal al afirmar que existe «jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia». Si bien, el Alto Tribunal entiende que ha manifestado precisamente lo contrario en su Sentencia Nº 44/2019, de 23 de enero, al afirmar que "la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia".

A colación de lo anterior, hemos de remitirnos a la Sentencia de 19 de septiembre de 2020 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid. En la citada Sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid, efectuando un análisis de la validez de la cláusula de la comisión de apertura, en aplicación

de los controles de transparencia y abusividad, nos recuerda que dicha comisión, como concepto normativo, ha de ser interpretado de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, el cual actúa como órgano de unificación de doctrina (Ex. Artículo 1.6 del Código Civil). La precitada función unificadora no queda desvirtuada por el papel del TJUE consistente en la interpretación del derecho comunitario pero no del derecho nacional, competencia evidentemente reservada a los Tribunales Nacionales. Igualmente, la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid incide en que los órganos judiciales de instancia no pueden sustituir el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por el suyo propio, toda vez que generaría confusión e inseguridad jurídica. De ahí, que deba respetarse la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo sobre la validez de la comisión de apertura.

Retomando el análisis estricto del control de abusividad de la cláusula de comisión de apertura, cabe cuestionarse si ésta se corresponde con servicios efectivamente prestados, en el sentido expuesto por el TJUE en su Sentencia de 16 de julio de 2020. La respuesta no puede ser otra que en sentido afirmativo, dado que la meritada comisión retribuye servicios inherentes a la actividad del banco. Así la norma tercera apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (12) , en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio (13) define a la comisión de apertura como a aquella que se cobra por actuaciones *«inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito»* (14) . En similares términos se contempla en el artículo 14.4 de la Ley 5/2019 una definición de la comisión de apertura añadiendo ciertos requisitos garantistas, como la necesidad de que esta se devengue por una sola vez, o que englobe *«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 definitiva, la mera concesión del préstamo o crédito acredita la prestación del servicio que se cuestiona, puesto que el banco no concede financiación sin un análisis de riesgo previo.

En la misma línea, se ha pronunciado la citada Sentencia de 1 de diciembre de 2020 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, efectuando un control de equilibrio al entender que la propia ley respalda la validez de la comisión de apertura al precisar qué servicios compensa. Dichos servicios en algunos casos vienen impuestos por las normas sobre solvencia bancaria o por las que protegen al deudor frente al sobreendeudamiento. Sigue argumentando la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que la cláusula de comisión de apertura no puede entenderse abusiva por compensar servicios inherentes a la actividad o al propio negocio bancario, dado que dicho argumento justificaría la ilicitud de todo tipo de comisiones bancarias, concluyendo en la no abusividad de la meritada cláusula al no poder encuadrarse en ninguno de los preceptos de la LGDCU que regulan la nulidad de dichos clausulados.

Bajo la opinión de quiénes suscriben el presente, tampoco puede fundarse la abusividad de la cláusula de la comisión de apertura en la existencia de una desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes (Ex. Artículos 82 y 87.5 LGDCU). Cabe recordar que existe libertad para la fijación del importe de las comisiones (15) , al igual que ocurre con el resto de precios de conformidad con el artículo 38 de la Constitución Española. De ahí que la comisión de apertura pueda resultar un importe fijo, variable en función del importe de la financiación, o que pueda llegar a conformarse mediante alguna fórmula mixta. Si bien, normalmente la comisión de apertura se suele configurar en un porcentaje del importe del capital prestado, al venir obligada la entidad financiera a informar al cliente en dichos términos, tal y cómo dispone el artículo 2.2 del Anexo I de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España (16) . Por dichos motivos, la comisión de apertura, ya se considere parte del precio del préstamo o una retribución aislada asociada al servicio previo necesario para la concesión de la financiación, no puede entenderse desproporcionado al servicio efectivamente prestado por la entidad.

Cabe recordar que la comisión de apertura puede responder a una repercusión de costes

operacionales, de personal, de herramientas, pero también, alternativa o cumulativamente, puede retribuir los servicios de análisis de riesgos. Asimismo, al integrarse en la TAE, que representa el coste total que abona el cliente, resulta indiferente si se reparte éste entre la comisión de apertura y el interés remuneratorio, dado que ambos componen dicha Tasa Anual Equivalente. Esto es, el cliente a la hora de comparar el precio de los préstamos, ha de emplear dicha Tasa, que para ello se creó, no pudiendo reputarse abusiva la comisión de apertura al entender que retribuye servicios inherentes a la actividad bancaria que habrían de abonarse vía interés remuneratorio.

Sin embargo, la discusión sobre la abusividad o no de la cláusula de comisión de apertura ha de considerarse zanjada tras el dictado del Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2021 (n.º recurso 1964/2018) por la que se inadmite a trámite un recurso de casación ante su falta de interés casacional. En conclusión, el Tribunal Supremo viene a determinar que la Sentencia dictada en segunda instancia, que declara la validez de la cláusula, no se opone a la doctrina establecida respecto a la comisión de apertura y su exclusión del control de contenido fijada por la Sala en su Sentencia n.º 44/2019 de 23 de enero de 2019. Es decir, el Tribunal Supremo se ha mantenido firme y coherente en su postura de defender la no abusividad de la cláusula de la comisión de apertura, entendiendo que el dictado de la Sentencia de 16 de julio del TJUE, no ha de modificar su análisis previo, rechazando volver a pronunciarse sobre el fondo sobre una cuestión que estima lo suficientemente aclarada y resuelta.

La actualidad y vigencia de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su meritada Sentencia de 23 de enero de 2019 tiene su reflejo en las resoluciones de las Audiencias Provinciales más recientes. En sentido se puede consultar la Sentencia n.º 177/2021 de 5 de abril de 2021 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que la Sala hace suyos los argumentos fijados por el Alto Tribunal, declarando en consecuencia plenamente válida la cláusula de la comisión de apertura, o en las más reciente Sentencia n.º 565/2021 de 18 de mayo de 2021 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba.

De hecho, como anteriormente manifestábamos, y al punto de disipar todo tipo de dudas, el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE, para que el Alto Tribunal de la Unión Europea se pronuncie sobre la conformidad de su jurisprudencia sobre la comisión de apertura con la normativa comunitaria.

IV. Opinión

En base a lo expuesto a lo largo del presente artículo podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 rectifica en parte lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 44/2019, de 23 de enero al considerar que la cláusula de la comisión de apertura constituye un elemento accesorio, no principal del contrato, y por ende, puede someterse a los controles de transparencia y abusividad.
- El Tribunal de Luxemburgo no declara la nulidad de la citada cláusula, sino que deja la decisión sobre la superación de los controles de transparencia, abusividad y de desequilibrio de las prestaciones, en manos del juez nacional.
- Tanto la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, como el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2019, han determinado mayoritariamente la transparencia de la cláusula de la comisión de apertura. En primer término, la citada cláusula resulta transparente puesto que se presupone de general conocimiento por los clientes, tanto porque suele ser uno de los desembolsos más importantes que efectúan en la concertación de un préstamo, como por la preceptiva información y publicidad que reciben de la entidad atinente a la misma. Igualmente, la inclusión de la comisión de apertura en el TAE ayuda a su conocimiento por el cliente. También

contribuye a ello, y en concreto a la superación del control de transparencia de la cláusula, el hecho de que no se requiera que se desglosen con detalle los servicios que efectivamente remunera la comisión, siendo suficiente con que el cliente comprenda su fundamentación.

- No obstante, aun cuando se declarase la falta de transparencia de la cláusula, ello no conllevaría automáticamente su abusividad, sino que sería preciso someterla a otro control, el de contenido. Dicho lo cual, se ha de incidir en que el pronunciamiento del TJUE, en su Sentencia de 16 de julio de 2020, se fundamenta en la información sesgada sobre la normativa aplicable que cita el órgano remitente de la cuestión prejudicial al TJUE. De ahí que, si se hubiese remitido la normativa completa, entendemos que el TJUE podría haber determinado que no resulta preciso probar que la comisión de apertura se corresponde con un servicio efectivamente prestado, puesto que retribuye servicios inherentes para la concesión del préstamo, tal y como expresamente se dispone en la normativa sectorial española.

- Finalmente, el Tribunal Supremo, entendemos de manera acertada y coherente, lejos de reabrir el debate sobre la abusividad de la cláusula de la comisión de apertura, se ha reafirmado en su postura confirmando su validez en el Auto de 20 de enero de 2021, limitándose a inadmitir el recurso de casación remitiéndose a vez, a sus propios pronunciamientos sobre la validez de la cláusula en la anterior Sentencia de 23 de enero de 2019.

- (1) BOE, núm.95, de 21 de abril de 1993.
- (2) Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, CY C/ Caixabank, S.A. y LG, PK C/ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578.
- (3) Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, Kiss C/ CIB Bank. asunto C-621/17, EU:C:2019:820.
- (4) Transparencia real referida, tal y como indica la propia Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020«a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».
- (5) Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch C/ Bankia, C-125/18, EU:C:2020:138.
- (6) 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. BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009.
- (7) BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1998.
- (8) Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank asunto C-621/2017, EU:C:2019:820.
- (9) Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 121/2020 de 24 de febrero de 2020.
- (10) BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.
- (11) Nótese que la redacción del artículo 5.2 ha sido modificada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE., núm. 65, de 16 de marzo de 2019) y cuenta actualmente con el siguiente tenor literal: «2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los préstamos o créditos hipotecarios será de aplicación lo dispuesto en materia de compensación por amortización anticipada por la legislación específica reguladora del mercado hipotecario, salvo

que se tratara de préstamos o créditos hipotecarios concedidos con anterioridad al 9 de diciembre de 2007 y el contrato estipule el régimen de la comisión por amortización anticipada contenido en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en cuyo caso, será éste el aplicable.

Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito».

- (12)** BOE, núm. 226, de 20 de septiembre de 1990.
- (13)** BOE, núm. 184, de 3 de agosto de 1994.
- (14)** Similar redacción definitiva de la comisión de apertura contaba el artículo 5.2b) de la Ley 2/2009, el cual ya ha sido citado con anterioridad.
- (15)** Así se establece en el artículo 3 de la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE., núm. 261, de 29 de octubre de 2011).
- (16)** BOE, núm. 161, de 6 de julio de 1990.