

EN TORNO A LAS COMISIONES DE APERTURA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS*

*José María Martín Faba***
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 13 de octubre de 2017

Según el tenor de la normativa sectorial cualesquiera gastos de estudio, 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 la cláusula que reglamente la comisión (véase: Circular 8/1990 de 7 de septiembre, Orden de 5 de mayo de 1990 y Ley 3/2.009 de 31 de marzo). A mayor abundamiento, la normativa sectorial más moderna establece que **solo 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 (véase, por ejemplo: la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre).

Pues bien, de la jurisprudencia que analiza este tipo de comisión puede extraerse que la ineficacia de la cláusula predispuesta que la reglamenta se desencadena por la falta de acreditación por el banco de la prestación de los servicios de estudio, análisis y concesión del préstamo hipotecario. Así, mientras que algunas resoluciones¹ consideran que esta

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-4826-8140.

¹ SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 35/2017 de 27 enero (JUR\2017\137982); SAP de Santa Cruz de



contingencia provoca que la comisión de apertura sea abusiva por comportar un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en contra del prestatario consumidor (art. 82 TRLGDCU), otras² entienden que origina que la comisión sea abusiva por falta de reciprocidad (art. 87. 5 TRLGDCU). Además, alguna Audiencia³ ha manifestado que la comisión de apertura es nula porque las operaciones de cálculo del riesgo, viabilidad e instrumentalización del préstamo y los aspectos contables y económicos son inherentes a la operativa bancaria y no pueden ser puestos a cargo de la demandada. En otros casos⁴ se declara la comisión abusiva porque existía también una comisión de estudio que cubría el mismo servicio y que fue remunerada por el prestatario. Por último, determinadas Audiencias⁵ entienden que la comisión es abusiva porque, a pesar de que el banco acreditó los gastos de los servicios de estudio, tramitación y concesión del préstamo, aquellos **no eran proporcionales respecto del importe de la comisión**.

Por el contrario, existen resoluciones que estiman la validez de la comisión de apertura en virtud de distintas razones. En efecto, algunas⁶ entienden que estas comisiones obedecen a la libertad de pactos entre las partes, están aceptadas en la escritura pública firmada por los prestatarios y se refieren a servicios efectivamente prestados pues la comisión presupone el estudio que debe llevar a cabo la entidad bancaria para preparar la constitución del préstamo hipotecario. Otras⁷, sin embargo, afirman que la comisión de apertura, junto con los intereses remuneratorios, integra el precio del servicio propio de la concesión del préstamo por lo que la cláusula no puede ser objeto del control de contenido si supera el control de incorporación y el de transparencia. Consecuentemente, entienden que el eventual carácter abusivo de la comisión solo puede resultar de su ubicación en alguno de los supuestos de la lista “negra” de los artículos 85 a 91 del TRLGDCU, circunstancia que a su entender no acontece.

Tenerife (Sección 3ª) núm. 377/2013 de 29 noviembre (JUR\2014\78138); SAP de Almería (Sección 1ª) núm. 224/2016 de 14 junio (JUR\2017\87064); AAP de Madrid (Sección 14ª) núm. 205/2015 de 18 junio (JUR\2015\202407) y SJPI de Castellón de la Plana núm. 117/2017 de 8 junio (JUR\2017\208356).

² SAP de Ourense (Sección 1ª) núm. 172/2015 de 18 mayo (JUR\2015\143410).

³ AAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 17/2017 de 5 enero (AC\2017\208356).

⁴ SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 86/2017 de 15 febrero (JUR\2017\150151).

⁵ SSAP de Asturias (Sección 5ª) núm. 115/2017 de 21 marzo (JUR\2017\103445); núm. 299/2017 de 31 julio (JUR\2017\235642); y (Sección 6ª) núm. 193/2017 de 2 junio (JUR\2017\171741).

⁶ SAP de Zamora (Sección 1ª) núm. 101/2017 de 30 marzo (JUR\2017\123738); SAP de Castellón (Sección 3ª) núm. 45/2017 de 15 febrero (JUR\2017\109897) y SJPI de Ourense núm. 68/2014 de 19 marzo (JUR\2017\145976).

⁷ SAP de A Coruña (Sección 4ª) núm. 211/2017 de 7 junio (JUR\2017\190352).



Comentarios:

1. ¿De qué título proviene, en su caso, la ineficacia de la comisión de apertura?

Debido a que los argumentos utilizados por la jurisprudencia para declarar tanto la nulidad, o abusividad, como la validez de la comisión de apertura son, cuanto menos, endebles y confusos, pasaremos a dilucidar el origen de su posible ineficacia.

En primer lugar hay que apuntar que la comisión de apertura tiene el carácter de condición general de la contratación (art. 1 LCGC) o de cláusula no negociada (art. 80 TRLGDCU):

El prestatario satisfará una comisión de apertura del 1,00 por 100 sobre el principal del préstamo. El importe de esta comisión será abonado por el prestatario mediante cargo en su cuenta, con el término de la fecha de la firma del presente otorgamiento.

- (i) Consecuentemente, y en primer lugar, si la comisión de apertura no supera el control de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) es nula. La comisión no superará el control de incorporación si la entidad no informó al prestatario, a través de la información “precontractual”, acerca de su existencia, con la consecuencia de que aquel no tuvo oportunidad real de conocerla hasta que, por ejemplo, el notario le advirtió de su presencia el día de la firma o hasta que se le cargó el importe en la cuenta asociada al préstamo hipotecario. En este sentido la STS núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 (apartado 202) estableció que el incumplimiento de la normativa sectorial de transparencia bancaria en el sentido de no informar previamente a la suscripción del préstamo del contenido de una cláusula predispuesta origina su no incorporación y consiguiente nulidad. A mayor abundamiento, alguna Audiencia Provincial⁸ ha anulado una comisión, en este caso por subrogación, al no superar el control de incorporación, pues la entidad no facilitó un ejemplar con el contenido de la comisión al adherente de forma previa a la formalización del préstamo hipotecario. Esta falta de reflejo de la comisión de apertura en la información “precontractual” puede provocar a su vez la falta de transparencia de la cláusula que la reglamenta [véase: STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (asunto C-26/13), apartados 66 a 70; STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), apartado 50; y STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb* (asunto C-92/11), apartado

⁸ SAP de Granada (Sección 3ª) núm. 369/2010 de 30 septiembre (AC\2011\106).



44)] y su consiguiente abusividad [véase: SSTs núm. 138/2015 de 24 marzo (RJ 2015, 845); núm. 222/2015 de 29 de abril (RJ 2015 2042) y núm. 705/2015 de 23 de diciembre STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015\5714)].

(ii) Por otra parte, si la entidad no acredita que ha prestado unos servicios e incurrido en unos gastos para analizar el riesgo, la viabilidad e instrumentalizar el préstamo, la comisión puede ser declarada nula por ausencia de causa (arts. 1274 y 1275 CC)⁹ o **por ser contraria a una norma imperativa** (arts. 6.3 y 1255 CC). Igualmente, esta contravención de la normativa imperativa, en el sentido de que el banco no acredite los servicios en los que ha incurrido, da pie a considerar la cláusula abusiva pues, sin género de duda, *lo que es contrario a una norma prohibitiva es abusivo*¹⁰. Con todo, es una redundancia inútil intentar fundamentar la abusividad de la comisión de apertura en la cláusula general del artículo 82 TRLGDCU o en alguno de los supuestos específicos de los artículos 85 a 90 TRLGDCU ya que como ha explicado la mejor doctrina¹¹ si una cláusula contractual es nula de acuerdo con los artículos 6.3 y 1275 CC *ya no es preciso preguntar luego si es también o además una cláusula abusiva*. Por tanto, son en vano los esfuerzos intelectuales de los jueces mediante los que pretenden argumentar que la comisión de apertura es abusiva a la luz de la normativa consumerista ya que si el banco no acredita los servicios en los que ha incurrido estará vulnerando una norma imperativa y la cláusula deberá ser sin más considerada nula. Efectivamente, si la entidad no prueba los servicios prestados da igual el título jurídico en que se fundamente la nulidad de la cláusula que dispone la comisión pues el banco de todos modos deberá restituir su importe al prestatario. Adviértase, que incluso el prestatario podría pedir una indemnización de daños por incumplimiento contractual en el que el importe de la comisión se correspondiera con el perjuicio causado.

Por último, creo necesario aclarar que la cláusula que establece la comisión de apertura no es *per se* nula. Que la cláusula no refleje los servicios que presta la entidad y los gastos que estos conllevan no quiere decir que el banco no vaya a ejecutar los servicios correspondientes. Es cuando el banco no prueba en juicio que

⁹ En este sentido, y en relación a las comisiones por devolución, se pronuncia AGÜERO ORTIZ, A. “Comisiones por devolución en préstamos: ¿abusivas o sin causa”, Centro de Estudios de Consumo, julio de 2015.

¹⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., “Comentario al art. 82 del TRLGDCU”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (BIB 2009\2171).

¹¹ CARRASCO PERERA Á., *Derecho de Contratos (Segunda Edición)*, “Capítulo 16. Control de validez de condiciones generales y cláusulas abusivas. 4. Cláusulas abusivas por infracción de norma imperativa”, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 769.



los ha realizado, y por tanto contraviene una norma imperativa (p.ej. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), cuando la cláusula deviene ineficaz.

2. Sí es posible controlar el equilibrio entre el importe de la comisión y el servicio prestado

En otro orden de cosas, es interesante traer a colación alguna decisión de la jurisprudencia citada. Así, la SAP de Asturias de 21 marzo de 2017 declara la comisión de apertura abusiva ya que, a pesar de que el banco acreditó que prestó los servicios de estudio, tramitación y concesión del préstamo, consideró que los gastos generados por aquellos **no eran proporcionales con el importe de la comisión**. Esta consideración nos dirige a la controversia sobre si es o no posible controlar el equilibrio o la proporción entre un servicio y su contraprestación (precio). Pues bien, mientras que los autores más dogmáticos siempre han dicho que, en materia de consumidores, las cláusulas que reflejen elementos esenciales del contrato no pueden ser objeto de un control de contenido, los estudios¹² que reprueban el exceso de teorización, a los que nos adherimos, han declarado que en el Derecho español sí es posible realizar el control de contenido sobre elementos esenciales del contrato (*cf.* Art. 9.2 LCGC, art. 82 TRLGDCU y STJUE de 3 de junio de 2010 asunto c484/08), ilustrándonos de cómo, entre otras, *la Ley de Usura permite un control de contenido sobre el interés remuneratorio del préstamo que es indistinguible de control de abusividad, pues se encuentran resoluciones que aplican cumulativamente la Ley de Usura y la legislación de consumidores para permitir por medio de aquella un control de la cláusula de interés y conseguir a través de la segunda la subsistencia del contrato, una vez eliminada la cláusula nula, ya que la aplicación de la Ley de Usura en este punto hubiera llevado a la nulidad total del crédito.*

Considerar, como consideramos, que también los elementos esenciales del contrato son controlables hace que no tengamos que adentrarnos en el arriesgado y *estéril* debate de distinguir entre un elemento esencial y accesorio de un contrato¹³, pues aunque en mi opinión la comisión de apertura es un elemento accidental del contrato de préstamo hay posturas que piensan lo contrario. Si entendiéramos que la comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato de préstamo sería aun más claro que podría controlarse la proporcionalidad entre el servicio y la contraprestación pues el TRLGDCU permite verificar, por ejemplo, la

¹² *Op. Cit.* CARRASCO, “Nulidad y Elementos esenciales. Una consideración funcional del contrato”, p. 785.

¹³ *Ibidem*, p.780.



proporcionalidad de una indemnización por incumplimiento (intereses de demora) o de las garantías respecto del riesgo asumido.

Así las cosas, creemos que puede revisarse por el juez la proporcionalidad entre el servicio prestado y el importe de la comisión. Ahora bien, para que puede comprobarse la proporcionalidad entre el servicio y la contraprestación, independientemente de que la cláusula que dispone la comisión sea un elemento esencial o accidental del contrato, es necesario un paradigma de referencia, como por ejemplo el interés normal del dinero que se utiliza como parámetro del control de usura. En este sentido el Prof. CARRASCO afirma¹⁴ que para que haya posibilidad y justificación del control *basta que exista un “anclaje” cualquiera* (ya sea una norma imperativa excéntrica al problema, una norma dispositiva, un consenso social o un factor de mercado) que permita al juez argumentar con garantías la desproporción.

Por tanto, creemos que un juez puede declarar nula o abusiva la cláusula que establece la comisión de apertura si aquel aprecia y motiva, mediante un estándar de referencia, que su importe era desproporcionado en comparación con los servicios prestados.

¹⁴ *Ibidem*, p.782.