



LA COMISIÓN DE APERTURA VUELVE A ESTAR EN EL TEJADO DEL SUPREMO, PERO ESTA VEZ COMO ELEMENTO ACCIDENTAL DEL PRÉSTAMO*

STJUE (Sala Cuarta) de 16.03.2023, Caixabank (C-565/21, ECLI:EU:C:2023:212)

Sheila Martínez Gómez
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 12 de abril de 2023

1. Antecedentes

El Tribunal Supremo consideró que la respuesta que el Tribunal de Justicia dio en su sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank/BBVA* (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578) a las cuestiones prejudiciales que se le plantearon sobre la comisión de apertura en los préstamos y créditos con garantía hipotecaria 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.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.



En tales circunstancias, el Tribunal Supremo acordó plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone a los arts. 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional como retribución de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?

2) ¿Se opone al art. 4.2 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?

3) ¿Se opone al art. 3.1 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual [...] relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito [...], que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, 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?».



2. Posicionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2.1. *La comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato de préstamo*

El TJUE declara abiertamente que la comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial del contrato de préstamo por el simple hecho de que no forma parte de los compromisos principales que resultan del mismo, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una determinada cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. Y ello con independencia de que tal comisión esté incluida en el coste total del crédito, pues resultaría contrario a la obligación de interpretación estricta del concepto «objeto principal del contrato» incluir todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio.

Así pues, declara que *«el art. 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio»* (§24).

2.2. *Control de transparencia material*

Si bien la segunda cuestión prejudicial planteada estaba enfocada al supuesto en que la cláusula de comisión de apertura se erigiese como elemento esencial del contrato, el Tribunal de Luxemburgo se adentra en el control de transparencia material a pesar del carácter accesorio de la cláusula bajo el argumento de que «la exigencia de transparencia prevista en el art. 4 de la Directiva 93/13 tiene el mismo alcance que la formulada en el art. 5 de la misma norma».

En este sentido señala que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula de comisión de apertura, debe tomarse en consideración: (i) la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional; (ii) 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 pues, en función de tal información, el consumidor En efecto, tal información tiene una importancia fundamental para el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional; (iii) la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito; y (iv) el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor



medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz sobre una cláusula que estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.

Por el contrario, el Tribunal rechaza que el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura sea un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible (§41), así como que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, si bien es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen (§32).

Así pues, el TJUE concluye que «el art. 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, *para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen*» (§47).

2.3. Control de abusividad

Aunque el Tribunal europeo deja en manos del juez nacional la valoración de la posible existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes por lo que concierne al cobro de la comisión de apertura, realiza una serie de precisiones:

- (i) Una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura *podría*, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato (§56).



- (ii) Sería contraria al art. 3.1 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. En efecto, esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos por la Directiva (§60), de tal forma que la comisión de apertura sea legal no es óbice para que pueda ser abusiva.
- (iii) Una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, 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 antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo (§59).

Habida cuenta de los motivos anteriores, el TJUE determina que *«el art. 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez»* (§61).

Comentario

1. A diferencia de lo que sucedió con la STJUE de 16.7.2020, donde el Alto Tribunal europeo dejó en manos de los tribunales nacionales la determinación de la naturaleza esencial o accesorio de una cláusula de comisión de apertura (§§63 y 71), el reciente pronunciamiento descarta categóricamente que la comisión de apertura pueda catalogarse como una partida principal del precio por el mero hecho de que esté incluida en el *coste*



total –que no en el precio– del préstamo hipotecario¹ y, por tanto, enmienda el criterio del Tribunal Supremo respecto a la naturaleza de la cláusula adoptado en la sentencia núm. 44/2019 de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:102).

2. Tras declarar el carácter accesorio de la cláusula que incorpora una comisión de apertura y bajo el argumento de que la exigencia de «redacción clara y comprensible» prevista en el art. 4.2 *in fine* Dir. 93/13 tiene el mismo alcance que la formulada en el art. 5 Dir. 93/13 (§§28, 30-31), el TJUE extiende, una vez más (SSTJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank*, §66; de 3 septiembre de 2020, *Profi Credit Polska*, §72; de 3 de octubre de 2019, *Kiss*, §36), el control de transparencia material a la totalidad del clausulado contractual y no solo a aquellas que definen el objeto principal, exigiendo que el consumidor deba poder evaluar –a través de las extenuantes informaciones precontractuales– las consecuencias económicas que se deriven para él de la cláusula accesorial en cuestión (STJUE de 30 abril de 2014, *Kásler*, §74) en aras de lograr una utópica calidad suprema del consentimiento del consumidor, para, finalmente, dejar la validez de la cláusula en manos del control de contenido sin importar si es, o no, transparente. Razón por la que deviene estéril el test de transparencia sobre cláusulas accesorias *ex art. 5* Dir. 93/13 y por lo que nuestro Alto Tribunal sujeta las cláusulas accidentales a un doble control (inclusión y contenido) y las que definen el objeto principal a un triple control (inclusión, transparencia y contenido), en cuyo caso la transparencia impide un ulterior control de contenido y la intransparencia no determina *per se* la abusividad de la cláusula (por todas, SSTJUE de 26 febrero de 2015, *Matei*; de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*; de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*; de 14 de marzo de 2019, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, *GT*; y SSTS 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, sobre IRPH, que reitera la anterior de 6 de noviembre de 2020).

Así pues, desechado el criterio que entronizaba la comisión de apertura como precio/retribución del contrato de préstamo y, por ende, quedando excluida de la regla contenida en el art. 4.2 Dir. 93/13, la cláusula debe ser sometida directamente al control de abusividad².

¹ Postura defendida por AGÜERO ORTIZ, A.: «Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, enero 2019. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CE_Ecomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf

² Un sector doctrinal defiende la posibilidad de efectuar un control de contenido directo sobre los elementos esencial del contrato. Véase CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*; Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 3.ª ed., Cizur Menor, 2021; págs. 888-894; «“El animus revertendi” de lo banal», *El Notario del Siglo XXI*, nº 5/2013; CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E.: «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013 (págs. 164-183), pág. 176; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Control de abusividad sobre cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación del precio»,



3. Ciñéndonos al control de abusividad, el TJUE destaca que al igual que la regulación legal de la comisión de apertura impide que pueda ser considerada con carácter general abusiva, pues, en principio, «*no incide negativamente en la posición jurídica que el Derecho nacional sitúa al consumidor*», el mismo amparo legal no puede vetar al juez la posibilidad de comprobar dicho extremo y declarar abusiva la comisión cuando no responda a gastos o servicios efectivamente habidos o prestados y/o resulte desproporcionada en relación con el importe del préstamo (§58-59), pues lo contrario atendería al tenor del art. 3.1 Dir. 93/13 y al espíritu proteccionista de la norma europea.

4. El Tribunal Supremo emprendió una línea jurisprudencial en la que rechaza que quepa acreditar los gastos/servicios efectivamente habidos/prestados dado que la propia normativa que configura la comisión de apertura precisa qué servicios compensa, «[d]istinguiendo el anexo II, apartado 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y el apartado 1 bis 1º de la Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994 de 22 de julio, entre la comisión de apertura 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”*» [STS núm. 44/2019 de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:102), §§16 y 17]. La interpretación dada por el TS al apartado 1 bis 1º de la Norma Tercera de la Circular del BdE 8/1990 de 7 de septiembre, en virtud de la cual las comisiones y gastos repercutibles al prestatario, distintas de la comisión de apertura, deben responder a la prestación de un servicio, fue rechazada por AGÜERO ORTIZ³, quien sostiene que las «comisiones distintas de la comisión de apertura deben responder a la prestación de un servicio *distinto de la concesión (pues, precisamente, ello se retribuye con la comisión de apertura)*. Más aún, la comisión de apertura debe englobar los gastos (de estudio, concesión o tramitación) ocasionados a la entidad por la concesión».

Así pues, y en virtud del principio de realidad del servicio remunerado, sólo se podrá cobrar comisiones por servicios efectivamente prestados y que hayan sido expresamente aceptadas por el cliente o solicitadas por éste (art. 3.1 Orden EHA 2899/2011, antiguo art. 5.III Orden de 12 de diciembre de 1989, STS núm. 584/2008 de 23 de junio de 2008),

Revista La Ley Unión Europea, núm. 26/2025, págs. 18-37. Puntualizar que el Anteproyecto de ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la concreción del alcance del control del carácter abusivo de las cláusulas, extiende éste a cualquier elemento del contrato. *Vid.* MARTÍNEZ ESPIN, P.: «Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, octubre 2021. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5429-control-de-abusividad-sobre-cualquier-elemento-del-contrato-el-fin-de-las-conjeturas>

³ AGÜERO ORTIZ, A.: «Nuevamente dando esquinazo...», *op. cit.*, pág. 10.



gravitando sobre la entidad financiera la carga de probar y justificar cuáles son esos gastos habidos por la concesión (relacionados con el estudio, la concesión y la tramitación) del préstamo o crédito y potencialmente repercutibles al consumidor vía comisión, a pesar de que ahora el TJUE, a diferencia de lo que hiciera en la sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank* (§§78-79), no exija explícitamente dicha prueba (§§53-57).

5. De no acreditar el banco los servicios en los que ha incurrido, habría que pensar que se trata de una imposición arbitraria y, por ende, *carente de causa*, debiendo reputarse nula por ausencia de causa (arts. 1274 y 1275 CC) o por contravenir una norma imperativa (arts. 6.3 y 1255 CC), en cuyo caso la cláusula será, además, abusiva, pues lo que es contrario a una norma prohibitiva es abusivo (art. 82.1 LGDCU)⁴. Empero, como afirma CARRASCO PERERA⁵, si una cláusula contractual es nula de acuerdo con los arts. 6.3 y 1275 CC ya no es necesario preguntar luego si es también o además una cláusula abusiva en el sentido del art. 82.1 LGDCU o en el sentido de uno de los supuestos específicos de los arts. 85 a 90 LGDCU –como pudiera ser el art. 87.5 LGDCU⁶–, de forma que bastará con realizar un mero control de legalidad, pues en estos casos el control de contenido de la cláusula no es otro distinto que el control de legalidad ordinario: a saber, si la comisión retribuye o no un servicio realmente prestado; control que deberá llevarse a cabo igualmente en aquellos supuestos en los que la cláusula haya sido negociada individualmente, lo cual es exigido por el actual art. 14.4 LCCI⁷.

6. Probado que la comisión de apertura responde a servicios/gastos efectivamente prestados/habidos, el TJUE señala, en la sentencia que ahora se comenta, que la cláusula podrá reputarse abusiva si *resulta desproporcionada en relación con el importe del préstamo* (§59). No puede decirse al mismo tiempo eso y que la comisión no es una cláusula de precio. Si es accesoria no puede ser abusiva por desproporcionada en la

⁴GONZÁLEZ PACANOWSKA I.: «Comentario al art. 82.1 del TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi, 1.ª ed, Cizur Menor, 2009 (BIB 2009\3419); «Comentario a la sentencia de 16 de diciembre 2009», *CCJC*, núm. 84/2010 (BIB 2010\1554).

⁵ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 875.

⁶ En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado. BUSTO LAGO, J.M., y PEÑA LÓPEZ, F.: «El control de contenido de las cláusulas predisuestas por el empresario y no negociadas en los contratos de consumo: las cláusulas abusivas», en BUSTO LAGO J.M., (Coord.), *Reclamaciones de consumo*, Ed. Aranzadi, 3.ª ed., 2010 (BIB 2011\5575).

⁷ El actual art. 14.4 LCCI exige que la aplicación de una comisión de apertura sea consecuencia de una negociación individual: «*[s]i 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*».



cantidad (sin perjuicio de que pueda ser *ilegal* por no responder a un servicio realmente prestado). Todo juicio de desproporción económica cuantitativa va directamente al núcleo del precio, por lo que la cláusula deberá someterse en primer término al test de transparencia.

Hecho –el que la comisión forme parte del precio del préstamo– que no impediría comprobar la proporcionalidad entre el servicio y la contraprestación siempre que, en palabras de CARRASCO PERERA⁸, exista un paradigma de referencia sobre el que decidir, bastando con 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.

⁸ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 891.