



Tax & Legal

La abusividad de la comisión de apertura tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El pasado 16 de marzo de 2023 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “**TJUE**”) ha dictado sentencia a raíz de las cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal Supremo sobre la abusividad de la cláusula de comisión de apertura de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado a los consumidores. En esencia, la sentencia del TJUE ha declarado que cláusula de comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato y cabe el control de abusividad, tanto por su transparencia como por su contenido. La apreciación de la abusividad de la cláusula determinará la nulidad de la misma y, en consecuencia, el reintegro al consumidor de todas las cantidades abonadas por la inclusión de dicha cláusula, así como de los intereses devengados desde su pago.

Asimismo, encontrándonos ante una cláusula abusiva y, por tanto, nula, no existe un plazo de prescripción, pudiéndose reclamar la nulidad y devolución de las cantidades en cualquier momento, incluso en caso de préstamos hipotecarios ya cancelados.

Esta sentencia del TJUE se ha pronunciado en contra de lo que vino defendiendo la justicia nacional desde la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero. En esta sentencia, el Tribunal Supremo estableció que la comisión de apertura era un elemento del precio del préstamo y, por lo tanto, un elemento esencial del contrato, lo que implicaba que se excluía del control de contenido para apreciar la abusividad y únicamente cabía realizar el control de transparencia, de conformidad con lo establecido 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, la “**Directiva 93/13/CEE**”, que establece:

“2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

Por ello, el Alto Tribunal limitó mucho la posibilidad de declarar la abusividad de la cláusula de comisión de apertura. Asimismo, sobre la transparencia de la cláusula la sentencia vino a decir lo siguiente:

“6.- Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; 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 y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.”

Finalmente, argumenta el Tribunal Supremo que, a raíz de todo lo anterior, la entidad bancaria no tiene que justificar en ningún momento que la comisión de apertura se devenga por la efectiva prestación de un servicio.

Sin embargo, la sentencia del TJUE acabó con estos argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal. En primer lugar se ha pronunciado diciendo que la comisión de apertura **NO** forma parte del precio del contrato, y que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a una jurisprudencia nacional que considera que la cláusula que establece esta comisión de apertura forma parte del objeto principal del contrato por entender que constituye una de las partidas principales del contrato.

Por otro lado, en cuando al control de transparencia, el TJUE ha afirmado que la exigencia de la transparencia no puede limitarse al carácter comprensible desde el punto de vista formal y gramatical, sino que debe interpretarse de manera extensiva, exponiendo de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de comisión de apertura.

Por todo ello, el Juez nacional deberá comprobar que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se deriven para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

Adicionalmente, en contra de nuevo de la sentencia del Tribunal Supremo, el TJUE afirma que la notoriedad de las cláusulas de comisión de apertura no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible.

Finalmente, declara el TJUE que, a pesar de que la cláusula de comisión de apertura tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista, sí debe probar esos servicios y que los mismos no sean desproporcionados al precio que se percibe.

En conclusión, el TJUE ha vuelto a pronunciarse a favor de los consumidores en relación a las cláusulas recogidas en los préstamos hipotecarios, ofreciendo una mayor garantía y protección a los mismos para el ejercicio de sus derechos.

Esta visión del TJUE entorno a la cláusula de comisión de apertura ya venía siendo aplicada por muchas Audiencias Provinciales, de las que enumeramos las siguientes sentencias:

(I) Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) número 438/2021, de 15 de Julio.

(II) Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) número 500/2020, de 23 de julio.

(III) Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) con número de recurso 1079/2019, de 21 de julio de 2020.

(IV) Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) número 1240/2021, de 20 de diciembre.

José Alberto Cerdeira
Asociado en On Tax & Legal

