

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE ENERO DE 2019 (44/2019)**

**La comisión de apertura forma parte del precio
y no es susceptible de examen de abusividad**

Comentario a cargo de:
SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Notario de Madrid. Doctor en Derecho

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

ROJ: STS 102/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:102

ID CENDOJ: 28079119912019100003

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asuntos: Se discute la posible abusividad de la cláusula de comisión de apertura en un préstamo hipotecario. Frente a la alegación del carácter abusivo por no retribuir ningún servicio específico prestado al deudor, se alega que dicha comisión forma parte del precio de la hipoteca, junto con el tipo de interés, pues mientras que éste remunera la disponibilidad del dinero la comisión de apertura cubre el coste de la generación de esa operación, en particular del examen de la solvencia del deudor. Además se resuelve la cuestión de la posible abusividad de la cláusula de gastos derivados de la hipoteca y de los efectos de la nulidad de esta cláusula.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1 La comisión de apertura forma parte del precio del préstamo. 5.2 La comisión de apertura y la transparencia. 5.3 La abusividad de la cláusula de gastos y la distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Se solicitaba la declaración de abusividad de varias cláusulas de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005.

En concreto se solicitaba la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio (“cláusula suelo”); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario, entre los que se incluían expresamente los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría; de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5% anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85%. El recurso ante el Tribunal Supremo, no obstante, versa solo sobre la cláusula de gastos y la comisión de apertura.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo, de la cláusula relativa al interés de demora y de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de los gastos, condenando al banco a pagar a la demandante las cantidades que había cobrado por la aplicación de la cláusula suelo, y los gastos de registro y la mitad de los gastos notariales y de gestoría.

Sin embargo desestimó la nulidad de la comisión de apertura, que consideró que formaba parte del precio.

3. Soluciones dadas en apelación

Se apeló por el demandante solicitando que se condenara al banco a pagar la totalidad de los gastos correspondientes a la intervención del notario, la cantidad correspondiente al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca, la totalidad de los gastos de gestoría, y que se declarase la nulidad, por abusiva, de la cláusula que establecía la comisión de apertura y se condenase a Bankia a restituirle la cantidad cobrada por tal comisión.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso en lo referente a la cláusula gastos y condenó al pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría y en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados a la mitad del derecho de cuota fija derivado del timbre de los folios de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario. Asimismo declaró la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y condenó al banco a restituir a la prestataria la cantidad cobrada por este concepto.

4. Los motivos de casación alegados

El banco interpuso un recurso de casación basado en cinco motivos en los que se limita a cuestionar lo referente a la comisión de apertura del préstamo hipotecario y a los gastos de notaría, registro y gestoría.

PRIMER MOTIVO: Se alega infracción de los artículos 80.1 y 82.1 del TRLCU en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2 del TRLCU (de conformidad con el artículo 4, apartados 13 y 15, y la parte B del Anexo H, apartado 3, Secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito. Es decir que se considera que la comisión de apertura forma parte del precio del contrato y no procede el examen de abusividad.

SEGUNDO MOTIVO: Se alega infracción del artículo 80.1 del TRLCU en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial.

TERCER MOTIVO: Se alega la infracción de los artículos 87.5 y 82.1 del TRLCU en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de que los tribunales entren a controlar los precios de los contratos.

MOTIVO CUARTO: Se alega infracción del artículo 89.3 del TRLCU en relación con los aranceles de los notarios y de los registradores, pues se considera que la Audiencia contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario del préstamo hipotecario, al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización.

QUINTO MOTIVO: Infracción del artículo 89.4 del TRLCU y la jurisprudencia en relación con el pago de los gastos de gestoría.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

La sentencia trata dos cuestiones. Por una parte la abusividad de la comisión de apertura y por otra la abusividad de la cláusula de gastos derivados del préstamo y los posibles efectos de su nulidad. La primera supone una importante novedad y pone fin a la diferencia de criterios que se habían mantenido en distintas Audiencias Provinciales, ya que en numerosas sentencias se había considerado abusiva dicha comisión. La segunda fue ya abordada por la STS 705/2015 de 15 de octubre y por las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, y ha sido definitivamente resuelta por las SSTS 46/2019, 47/2019, 48/2019, y 49/2019 de 23 de enero en el mismo sentido que la presente. Como dichas sentencias se comentan en esta misma obra en relación con los motivos 4 y 5 e limitaré a un comentario más breve.

5.1. *La comisión de apertura forma parte del precio del préstamo*

El tribunal agrupa los motivos dos y tres para resolverlos conjuntamente.

Lo que alega el banco recurrente es que la comisión de apertura forma parte del precio total del contrato de préstamo junto con el interés remuneratorio. Entiende esa parte que las actividades que pretende cubrir dicha comisión (estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión hasta la puesta a disposición de los fondos en el momento y lugar acordados con el solicitante de crédito) son imprescindibles para la concesión del mismo. Además dice que las normas del Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno que regulan la transparencia en la contratación con los consumidores no pretenden interferir en la estructura de la retribución a cargo de los consumidores sino que se limitan a exigir la comprensión efectiva del coste efectivo del crédito. Como el tercer motivo se refiere a que la Audiencia Provincial ha realizado un control del precio del contrato al imponer una determinada estructura del precio, que estaría integrado exclusivamente por el interés remuneratorio, considera que ambos motivos deben ser examinados conjuntamente.

El argumento de la Audiencia para declarar la abusividad era que las actividades que se pretenden remunerar son actuaciones *“internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente”*. Por tanto la cláusula sería abusiva pues el art. 87.5 del TRLCU solo permite cobrar comisiones que respondan a un gasto o servicio efectivamente prestado que en este caso no se da. Según la Audiencia, el que esté prevista dicha comisión en la normativa sectorial no impide la aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación ni por tanto la declaración de su carácter abusivo.

El TS rechaza esa postura. Parte del examen de la regulación bancaria sobre la comisión de apertura. En particular de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (en su redacción dada por Circular 5/1994, de 22 de julio) y la orden de 5 de mayo de 1994 prevén que la comisión de apertura se diferencia de todas las demás comisiones, es única y engloba *“cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo”*. Además se incluía dicha comisión para el cálculo del TAE.

El tribunal considera que la comisión de apertura es distinta de las demás pues no se trata de remunerar un servicio sino de una parte del precio del préstamo. La idea es que la generación del préstamo tiene unos costes típicos de preparación: *“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.”* La clave es por tanto que a pesar de su denominación como comisión no responde a una remuneración de una especial

actuación del prestamista que se puede dar o no, sino a una forma de estructurar el precio del préstamo, pues se trata de una actividad que en todo caso es necesaria para conceder el préstamo. O por decirlo de otra forma, todo préstamo implica dos tipos de costes para el banco: el de obtención y remuneración de los depósitos y el de la generación del préstamo individual. El precio que el banco le pone al préstamo tiene que cubrir esos costes y su beneficio, y es libre de fijar no solo el importe del préstamo sino también su estructura. O al menos es libre mientras no le restrinja esa libertad el legislador, que lo ha hecho en relación con los consumidores en relación con estas comisiones, prohibiendo las comisiones de estudio que en todo caso y conforme a las normas de transparencia citadas han de englobarse en la de apertura.

Eso justifica que en el precio del préstamo se distinga entre comisión de apertura, que compensa esos gastos, e interés, que remunera la disposición del dinero. Esa diferencia tiene un reflejo en la regulación sectorial citada, pues en ella no se exige que esta comisión responda a un servicio concreto sino que justamente se reconoce que responde a los gastos inherentes a la generación del préstamo. Algunos autores como RIBON consideran que debería considerarse como una cláusula accesorio, y por tanto sujeta al examen de abusividad, porque el TJUE ha considerado que la exclusión del elemento esencial que prevé el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 ha de ser de interpretación restrictiva (Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13).

No obstante, entiendo que es acertada la posición del TS pues se trata en efecto de un elemento típico del coste de los préstamos, no solo de los préstamos hipotecarios, que responde a verdaderas razones organizativas del mercado de crédito, y que podemos encontrar en un porcentaje altísimo de los préstamos concedidos por las entidades de crédito a empresas y profesionales. Esta postura del Tribunal responde además una lógica económica: la generación del préstamo produce una serie de gastos. Esto es más claro hoy, ya que tras el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre y la Ley 5/2019 de 15 de marzo de Crédito Inmobiliario, el prestamista ha de pagar los gastos notariales, registrales, de gestoría y tributarios del préstamo. Además las limitaciones que esta Ley introduce en relación con las comisiones de reembolso anticipado no permiten cubrir esos gastos de generación. La única alternativa, si la comisión de apertura se considerara abusiva, sería incluir esa remuneración puede trasladarse al tipo de interés íntegramente. Es cierto que esto haría más fácil la comparación entre préstamos, pero tendría un efecto indeseado. Como no se puede saber qué deudor va a cancelar anticipadamente, el coste aumentaría el tipo de interés de todos los préstamos. Este resultado resultaría injusto, puesto que supondría que los prestatarios que no pagan anticipadamente el préstamo y llegan al vencimiento estarían pagando los costes de apertura de aquellos que sí anticipan el reembolso. Es decir que los deudores con menos recursos económicos estarían subvencionando el coste de generación de los prestatarios que sí pueden anticipar el reembolso, que normalmente serán los deudores con mayores ingresos y patrimonio. Curiosamente la doctrina de la Au-

diencia, aparentemente más beneficiosa para el deudor, estaría encareciendo en el futuro los préstamos en perjuicio de los que no pueden amortizarlos anticipadamente. La doctrina del TS, por el contrario, permite una estructuración del precio que hace recaer el coste de la generación del préstamo en quien lo genera, pues hace que esos gastos recaigan en quien pide un préstamo y no lo mantiene por el plazo pactado, al amortizarlo anticipadamente. La solución del Tribunal Supremo es por tanto más justa desde el punto de vista material.

El Tribunal considera que este carácter independiente y especial que se deduce de la normativa vigente al tiempo de contratarse el préstamo ha sido ratificado por la normativa posterior, más protectora del cliente bancario. En particular por la Ley 2/2009, de 31 de marzo y por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que incluye la comisión de apertura en el cálculo del TAE. Esto ha sido confirmado por la normativa posterior ya que el art. 8 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario incluye dicha comisión en el TAE. Partiendo de esa validez, las normas tratan de garantizar la transparencia formal de la misma a través de su inclusión en la FEIN y en la información precontractual (art. 14 Ley 5/2019) y la transparencia material a través de su inclusión en la TAE (art. 8 Ley 5/2019) de manera que permita la fácil comparación del precio total (interés+comisión) del préstamo. Por eso entiende el Tribunal Supremo que defender al mismo tiempo la legalidad de la comisión y su carácter abusivo en general, como hace la Audiencia, es contradictorio.

Lo anterior conlleva que no cabe aplicar a esta comisión las reglas de las demás comisiones y en particular el art. 87.5 TRLCU. Por tanto no se aplica el principio de realidad del servicio remunerado, pues no hay servicio sino precio de la concesión del préstamo. Eso desactiva otro argumento de la Audiencia Provincial para declarar la abusividad de la comisión de apertura, que es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen. Como señala el Tribunal, no se puede sostener al mismo tiempo que las actividades son inherentes al servicio bancario y exigir la prueba de las mismas. Esas actuaciones, como el examen de la solvencia y otras, vienen impuestas por la Ley por lo cual no tiene sentido exigir su prueba. Dicho examen, dice la sentencia, viene impuesto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo y en el capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE. Hoy también en la Ley 5/2019 (arts. 11 y 12). Por el hecho de no ser la remuneración de un servicio sino una parte del precio, no cabe exigir la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo, pues su fijación “*constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto*”.

El examen de la proporcionalidad supondría un control del precio excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13 y además “*implicaría serias dificultades*

prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.” Entiende en tribunal que la exclusión del control del precio del art. 4.2 de la Directiva 93/13 está recogida en nuestro derecho como resulta de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reiterando la doctrina de las sentencias de esa sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre. En consecuencia resulta incorrecta la apreciación del “equilibrio prestacional” por la Audiencia.

La conclusión es la estimación de los motivos primero y tercero y en consecuencia se revoca la sentencia y la declaración de nulidad de la cláusula

5.2. *La comisión de apertura y la transparencia*

El segundo motivo de tasación alegado por la recurrente es que “*la Audiencia Provincial ha soslayado el juicio de transparencia material de la cláusula de comisión de apertura y la ha declarado nula. Según la recurrente, la cláusula supera el control de transparencia exigido por esa norma y la jurisprudencia que la desarrolla.*”

El tribunal considera innecesario entrar en el examen de este motivo porque el recurrente no había alegado esa falta de transparencia. En la doctrina se había defendido la nulidad de ésta cláusula también por falta de transparencia. Así RIBON señala que la comisión altera “*la percepción real del esfuerzo económico*” y en consecuencia se dificulta la competencia. Es decir que no existiría transparencia material porque esta supone la comprensión real del efecto económico para el deudor, lo que se justifica en que solo la posibilidad de conocer con exactitud el precio total permite la comparación del precio y la verdadera competencia. La razón de ser de la exclusión del elemento esencial del examen de abusividad es que en ésta ámbito la protección del consumidor deriva la posibilidad de acudir al mercado y elegir el producto más barato. Pero eso solo es posible si los parámetros son comparables, es decir si puede conocer el precio total.

Aunque el examen de esta cuestión no era necesario en este caso, El Tribunal lo aborda en un significativo *obiter dicta*. Dice la sentencia que en todo caso la comisión de apertura hubiera superado ese examen de transparencia. Las razones que da el Tribunal son, en primer lugar que se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios. Esto conecta con la idea de cláusula sorpresiva, que es uno de los supuestos típicos de falta de transparencia material en los contratos. La idea de las cláusulas sorpresivas tuvo su origen en el ámbito de los contratos de seguro (ver por ejemplo la STS núm.147/2017, de 2 de marzo) pero es un concepto que se ha trasladado al examen de la transparencia en los contratos de préstamo. En particular la STS de 9 de marzo de 2017, –que concreta y en alguna medida corrige los criterios establecidos en la famosa STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo– basa la falta de transparencia en “*la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva*”. El hecho de que sea una cláusula habitual sería incompatible con ese carácter sorprendente. Por otra parte, la sentencia señala que “*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”. Además apunta acertadamente que “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”. Esto es cierto pues la comisión de apertura se deduce en el momento de la puesta a disposición, por lo que es algo con lo que inevitablemente ha de contarse pues determina la cantidad verdaderamente disponible para la compra que normalmente acompaña al préstamo hipotecario de consumidores. Finalmente señala el Tribunal que “la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.” Finalmente cabría señalar, desde el punto de vista de la transparencia y de su influencia sobre la competencia entre proveedores, que justamente para facilitar esa comparación se crea la TAE, que “convierte” la comisión de apertura en tipo de interés y permite por tanto la comparación de los préstamos con y sin comisión de apertura.

5.3. *La abusividad de la cláusula de gastos y la distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula*

El motivo cuarto se refiere a la impugnación de la obligación de restituir los gastos notariales y registrales.

El tribunal considera que la cláusula que atribuye la totalidad de los gastos al deudor es nula por abusiva como ya habían declarado las STS 705/2015 de 15 de octubre y las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo.

Lo que sucede es que la nulidad de esa cláusula no implica que el banco haya de restituir todo lo pagado al deudor pues se trata de cantidades que han de abonarse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. Eso implica que la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde y por tanto no cabe aplicar el efecto restitutorio del art. 6.1 de la Directiva a través de los efectos de restitución previstos en el art. 1303 del Código Civil para los supuestos de nulidad. Lo que impone en este caso dicho artículo de la Directiva es el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor si no hubiera existido dicha cláusula. Para ello la figura jurídica a la que hay que acudir no es la que consagra el art. 1303 Cc, sino que puede considerarse un supuesto “asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor”. En las sentencias 46 a 49/2019 de 23 de enero, el TS declara que también podría encontrarse en fundamento en el pago de lo indebido del artículo 1158 del Cc, sin pronunciarse si uno u otro es el fundamento.

Una vez determinado ese efecto de la nulidad de la cláusula gastos es necesario que el tribunal fije cual sería la distribución de gastos a falta de pacto para decidir qué debe abonar el prestamista. En la sentencia 705/2015, de 23

de diciembre no se había pronunciado sobre esa distribución por tratarse de una acción colectiva en la que no procedía determinar concretamente las cantidades a reintegrar. Sin embargo, sí lo hace SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, y de manera más completa en las SSTS 46/2019, 47/2019, 48/2019, y 49/2019 de 23 de enero que se comentan en esta misma obra.

Para determinar la distribución de gastos el tribunal parte de la idea que, si bien en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles (siguiendo la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre). A partir de ahí examina los distintos gastos.

En relación con los notariales destaca que existe un único concepto minutable (no uno por el préstamo y otro por la hipoteca) por lo que no cabe distinguir entre préstamo e hipoteca. El arancel notarial dice que corresponde el pago de arancel a “*los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*”. El tribunal considera que ambas partes están interesadas en el otorgamiento: el prestamista para obtener un título ejecutivo y una garantía, y el prestatario porque un préstamo con este tipo de garantía tiene un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real. Al estar ambos interesados considera que lo razonable es distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

La determinación de a quien corresponde el pago de los gastos registrales es más sencilla: el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º que corresponde “*a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho*” por lo que le corresponde este gasto íntegramente al acreedor hipotecario.

La conclusión es estimar el motivo de casación solo en cuanto a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, mientras que los gastos registrales corresponden al prestamista, por lo que coincide con la sentencia de la audiencia.

Finalmente el quinto motivo se refiere a los gastos de gestoría. El tribunal entiende que al no existir norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario y al realizarse las gestiones en beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto corresponde por mitad a las partes, por lo que procede a estimar el motivo puesto que el prestamista solo deberá reembolsar la mitad de los gastos de gestoría. Los servicios que presta la gestoría según el Tribunal Supremo son “*la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto*”. Cuando, tras el cambio y la norma fiscal estas dos últimas gestiones corresponden al Banco no está claro que el reparto por mitad sea ya razonable. En cualquier caso esto tampoco es muy relevante en la práctica pues solo se aplicaría a las escrituras otorgadas entre el 10 de noviembre de 2018 y el 21 de junio de 2019, ya que

a partir de ese momento por Ley los gastos corresponden al prestamista con arreglo a la Ley 5/2019 de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario.

5.4. Conclusión

La sentencia tiene una extraordinaria importancia, pues existía una diversidad de posiciones en las Audiencias Provinciales. Algunas habían declarado la nulidad de la cláusula por abusiva, normalmente por considerar que constituía una comisión que no remuneraba un servicio y por tanto era contraria al art. 87.5 TRLCU, como señala FERNANDEZ BENAVIDES (SAP Madrid, Sección 14^a, núm. 391/2017 de 28 diciembre, JUR 2018\73566, o SAP Soria, Sección 1^a, núm. 5/2018 de 15 enero, JUR 2018\52468). Aunque los argumentos que se han empleado para llegar a esa conclusión han sido de lo más variado, el más repetido consistía en afirmar que esta cláusula establecería una comisión sin causa, esto es, no basada en la efectiva prestación de un servicio por el empresario (art. 87.5 *in fine* TRLGDCU). Otras consideraban que la comisión formaba parte del precio y por tanto solo podía ser objeto de examen de transparencia y no de abusividad (SAP León, Sección 1^a, núm. 250/2018 de 15 junio). El TS opta por esta segunda postura de manera clara, partiendo de la diferenciación de esta comisión de las demás comisiones. Pero no se contenta con eso puesto que al mismo tiempo declara, en *obiter dicta*, que la transparencia de la cláusula está prácticamente garantizada por ser una cláusula habitual, normalmente redactada de manera clara y ubicada de manera destacada, y que además es conocida por el prestatario desde el inicio pues determina la cantidad disponible del préstamo. La sentencia por lo tanto, debería tener la virtualidad de poner fin a la abundante litigiosidad que se había producido sobre esta materia. Además, a mi juicio, es beneficiosa a largo plazo para el consumidor, pues lo contrario obligaría a los prestamistas a trasladar el total precio al tipo de interés, lo que perjudica a los prestatarios que agotan el vencimiento del préstamo frente a los que amortizan anticipadamente, lo que supone en general favorecer a los prestatarios con más recursos.

6. Bibliografía

- Fernández Benavides, M. Comisión de apertura: el Tribunal Supremo zanja la controversia. Blog Hay Derecho. 30 de enero de 2019. <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/30/comision-de-apertura-el-tribunal-supremo-zanja-la-controversia/>
- Ribon, E. Comentario a la STS de 23 de enero de 2019 sobre la «comisión de apertura». Vientos de Luxemburgo. Blog Sepin. 30 enero, 2019. <https://blog.sepin.es/2019/01/sentencia-tribunal-supremo-comision-apertura/>