

Juicio de abusividad en las cláusulas de apertura de los préstamos hipotecarios.

La **Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2.023**, en el asunto C-565/21 relativa a la abusividad de las **cláusulas de apertura** en los préstamos hipotecarios en los contratos celebrados consumidores ha hecho que el Tribunal Supremo haya tenido que cambiar de doctrina a raíz de la misma.

Antes de dicha sentencia, el Tribunal Supremo en la Sentencia, núm. 44/2019, de la Sala 1ª, de 23 de enero, estableció la doctrina de considerar la cláusula de apertura **parte esencial** del contrato de préstamo, al no ser una partida ajena al precio, ya que el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas esenciales del precio del préstamo cuanto son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

Y a pesar que la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2.020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 ya había establecido que *“El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo **hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este**. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado”*.

Ante la discrepancia surgida y las diferentes sentencias recaigas en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo elevó mediante Auto de 10 de septiembre de 2021 al TJUE cuestión prejudicial. Y resolviendo el TJUE en la sentencia de 16 de marzo de 2.023, en el asunto C-565/21 El TJUE confirmando la sentencia de 16 de julio de 2020 y declarando, de nuevo, que **la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato** y que la **posible existencia de un desequilibrio debe ser objeto de un control efectivo por el juez competente de acuerdo con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia**.

Así, **es una cláusula accesoria**. La comisión de apertura no se refiere “a la definición del objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva (apartados 16 a 24); por tanto no es parte del precio; ya que retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo.

No es necesaria una descripción precisa de los servicios que la engloban (servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo). El apartado 32 confirma, que la entidad financiera prestamista no está obligada a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de la comisión de apertura: **bastará con que pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto**. El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que 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. Así el banco debe dar información precisa sobre el ella y el precio.

El lugar que la cláusula ocupe en el contrato es relevante para enjuiciar la abusividad. El apartado 46 indica que la ubicación y estructura de la cláusula en cuestión permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, pues esos elementos permitirán que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula”. El Juez en el control de abusividad debe medir que hay proporción entre el importe del préstamo y el importe de la comisión.

El Tribunal Supremo en la sentencia 816/2023, de 29 de mayo, se pronuncia por primera vez sobre si **es o no abusiva la comisión de apertura** de una hipoteca o crédito, tras el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 16 de marzo de 2023, y determina que "no hay una solución unívoca" sobre la validez o invalidez de esta comisión, ya que **"dependerá del examen individualizado de cada caso**. El TS cambia su doctrina en cuanto al sometimiento a juicio de abusividad a la cláusula sobre la comisión de apertura, aunque sea transparente, al aceptar que se trata de una cláusula accesoria definitoria del contrato de préstamo o crédito hipotecario y no elemento esencial del mismo. Sin embargo, ello no quiere decir que la comisión de apertura sea abusiva sino todo lo contrario, la nulidad de la misma habrá que determinarla tras un

análisis individualizado de cada caso y con la aplicación de los criterios de la STJUE de 16 de marzo de 2023.

La cláusula sobre comisión de apertura puede ser declarada abusiva si no cumple con los parámetros de transparencia –que sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical y pueda evaluar mediante criterios precisos e inteligibles las consecuencias de la misma–, y pueda demostrarse que su destino consiste en remunerar los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario. Y, en estos supuestos la carga de la prueba en un procedimiento judicial corresponderá a la entidad financiera, que deberá acreditar a través de la oportuna prueba pericial o mediante cualquier otro medio probatorio, los costes que está repercutiendo al consumidor

Salvo mejor opinión en derecho.

[Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023](#), en el asunto C-565/21:

