

# BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 32  
Octubre 2019

NOTAS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR  
DAÑOS POR DEFECTUOSO ASESORAMIENTO DEL INVERSOR

José Arsuaga Cortázar  
Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria.

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA COMISIÓN DE APERTURA EN EL  
CRÉDITO HIPOTECARIO

María Teresa Álvarez Moreno  
Prof<sup>a</sup>. Titular Derecho Civil acreditada como Catedrática  
Universidad Complutense de Madrid.



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Verónica Ponte García



ISSN: 2605-3055

# NOTAS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR DEFECTUOSO ASESORAMIENTO DEL INVERSOR

José Arsuaga Cortázar

Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria

---

## 1. INTRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que uno de los efectos más significativos de la crisis reciente de nuestro sistema económico-financiero ha sido la judicialización de la actividad bancaria, que en el plano estrictamente procesal ha tenido un común denominador: la reacción tanto del consumidor como la del inversor. En concreto, y por lo que ahora importa, por la reacción de inversor minorista insatisfe-

cho contra la entidad de servicios de inversión que le había recomendado el producto o instrumento financiero adquirido. Surge por tanto la tutela procesal del minorista, del inversor no cualificado o no experto, que ha visto disminuir, cuando no desaparecer, su inversión. Y, con ello, la proliferación en los últimos años de procedimientos judiciales en los que se ha buscado, con mayor o menor acierto, la declaración de ineficacia de contratos de adquisición de productos o instrumentos financieros o de inversión.

La escasa vertebración de un sistema alternativo de resolución de conflictos ajeno al judicial ha propiciado la presentación de demandas en las que el acento no tanto se pone en la clase de producto financiero comercializado –cuando este es complejo- como en el cumplimiento de las exigencias legales de evaluación e información que implican y obligan a quien ofrece servicios de inversión. Y aquí surgen controversias inevitables en la apreciación judicial de algunas instituciones que hasta el momento habían tenido escasa incidencia práctica.

El paso del tiempo permite ya trazar un breve esquema de las acciones que, grosso modo, se han habitualmente ejercitado –y se ejercitan- y su reconocimiento o acogida judicial. A modo de conclusión:

( i ) La acción de nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa ( art. 6.3 CC ) no ha tenido éxito. Lo ha impedido ( v.g., SSTs de 20 de enero de 2014 y 2 de febrero de 2017, entre muchas otras ) la inexistencia de una expresa sanción de tal naturaleza en la normativa comunitaria MiFID o en la interna de desarrollo, Ley del

Mercado de Valores, que sí impone al contrario consecuencias de orden administrativo para el caso de su contravención ( art. 6.3 CC ).

( ii ) La acción de resolución del contrato de adquisición del producto de inversión o financiero adquirido ( art. 1124 CC ) ha corrido igual suerte. Precisamente porque el incumplimiento debe referirse a la fase de ejecución del contrato –fase ulterior- y no, como habitualmente se alega, a la fase de precontractual de formación de la voluntad, con incidencia en su propia validez.

( iii ) Distinta ha sido la solución ofrecida a la acción de nulidad –nulidad relativa o anulabilidad- por error vicio ( art. 1261 y 1265 y ss. CC ). Como bien conocemos, sobre la base de la prueba representación mental errónea o equivocada –no con fundamento en el dolo, arts. 1269 y 1270 CC- y su carácter esencial y excusable, se han obtenido una parte significativa de las sentencias favorables a la tesis de los inversores.

( iv ) Por último, la acción de resarcimiento del daño, fundada en el incumplimiento de las obligaciones de información y asesoramiento ( art. 1101 CC ), se abre paso como solución para los

supuestos en que la ineficacia por vicio anulable quede descartada; esencialmente, cuando resulta de aplicación la caducidad ( art. 1301 CC ) de la acción de nulidad.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Obviaré la disciplina aplicable a las tres primeras acciones que antes se han relacionado y que, con mayor o menor suerte, han caracterizado la litigiosidad en la materia. Me detendré, por tanto, en una particular cuestión: la eventual aplicación del plazo de prescripción de tres años de la acción de resarcimiento del daño en la contratación de instrumentos financieros por incumplimiento en la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión.

El planteamiento obliga a descomponer algunos elementos.

## 3. LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO

La acción de resarcimiento con fundamento general en el art. 1.101 CC surge del daño producido por incumplimiento de una obligación y busca

reequilibrar la situación del que ha sufrido por tal causa una disminución o merma en su patrimonio.

En concreto, en materia de contratación de instrumentos de inversión, podemos partir ( en línea con nuestra jurisprudencia, por todas, la SSTS de 13 de septiembre de 2017, con cita de las de 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio de 2016 y 16 de noviembre de 2016) de las siguientes premisas, que juegan como condiciones del éxito de la acción:

( i ) El incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad –siempre necesario en la prestación de un servicio de asesoramiento financiero<sup>1</sup> - y de información clara, precisa, imparcial y ofrecida con antelación sobre los riesgos inherentes al producto ofertado, puede constituir un título de imputación de la responsabilidad por daños.

( ii ) El incumplimiento que constituye el título de imputación puede componer la causa jurídica del perjuicio sufrido, pues cuando no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo –o no pueda demostrar que no siéndolo se hubiera

empeñado, a pesar de su información, en la adquisición del producto-, el banco debió de abstenerse de hacer la recomendación sobre el producto adquirido. Al haberlo hecho sin información suficiente sobre los riesgos, propicia la contratación que conllevó –en relación causa-efecto- la pérdida de la inversión.

( iii ) El reequilibrio debe encontrarse en la regla <<compensatio lucri cum damno>>, esto es, en la diferencia entre el daño producido por la disminución o pérdida patrimonial y la ventaja obtenida como resultado de la inversión realizada.

#### 4. EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIÓN. REFERENCIA MÍNIMA

A partir de la MiFID I, el art. 63 LMV y hoy el art. 140 RDL 4/2015, de 23 de octubre, del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, han reconocido tres grandes modalidades de prestación de un servicio de inversión<sup>2</sup>:

( i ) La recepción, transmisión y ejecución de órdenes por cuenta de terceros . La entidad de inversión recibe la orden y ejecuta la voluntad del cliente, previamente formada;

1. Hoy reconocido en el art. 213.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que impone su necesidad cuando se preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras. Supone que la empresa de servicios de inversión deberá obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente o posible cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas, y sus objetivos de inversión incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas.

2. Realmente las posibilidades son más amplias. El art. 140 RDL 4/2015 relaciona como servicios y actividades de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros. b) La ejecución de órdenes por cuenta de clientes. c) La negociación por cuenta propia. d) La gestión de carteras. e) La colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme. f) El aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme. g) El asesoramiento en materia de inversión. h) La gestión de sistemas multilaterales de negociación. i) La gestión de sistemas organizados de contratación.

( ii ) La gestión discrecional de carteras. Especie del mandato o comisión mercantil (SSTS de 11 de julio de 1998 o de 18 de abril de 2013 ), la STJUE, Sala Quinta, de 21 de noviembre de 2002 ( asunto C-356/2000), párrafo 38, recuerda que se corresponde con un mandato en virtud del cual el inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discretionales en consecuencia, pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor, al que periódicamente se comunicará el resultado de la gestión.

( iii ) El asesoramiento en materia de inversión. Es el que ahora, por su carácter mayoritario en el anclaje de las acciones de resarcimiento, nos interesa. Ya el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE ( MiFID I ), lo definía como *«la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros»*. El art. 52 Directiva 2006/73/CE precisaba que *«se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)»*. La STJUE de 30

de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ), indicó que *«(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente»* (apartado 53). Lo relevante, por tanto, es la conducta de la empresa de servicios de inversión; en suma, el propio contenido de la actividad desarrollada. En el mismo, sentido el art. 140 LMV, tras su modificación por el RD-ley 14/2018, de 28 de septiembre, recuerda que no se considerará que constituya asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros o las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público.

**5. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR DAÑOS DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL SERVICIO DE ASESORAMIENTO. ARTS. 945 CCOM Y 1964 CC.**

Me refiero, en buena lógica, al plazo de prescripción que podría ser aplicable a la acción de resar-

cimiento del daño por incumplimiento de las obligaciones, legales o contractuales, con origen en el servicio de asesoramiento en materia de inversión.

La opción –no se advierte la aplicación de otro plazo especial- se centra en la aplicación del plazo previsto en el art. 945 CCom o el general para las acciones personales sin término especial del art. 1964 CC ( quince años, ahora reducido a cinco años, de acuerdo con la redacción dada al precepto por la Ley 42/2015<sup>3</sup> ).

Indica el art. 945 CCom:

*<<La responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años>>.*

### **5. 1. La controversia en las decisiones judiciales**

Posiblemente la controversia nace por la extensión que parece predicarse de la STS 82/2009,

Sala Primera, de 23 de febrero de 2009, que expresó, en lo que ahora nos importa, que

*<<La ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1988, del mercado de valores -artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda- en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa, convierten al art. 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes. Sin embargo, la regla contenida en el art. 1969 CC, vista cual es la causa de la responsabilidad contractual de la recurrente -haber incumplido la obligación de restituir a su comitente el resultado de su inversión, cuando aquella era exigible-, impiden estimar el motivo, aunque sea por razones distintas de las utilizadas en las dos instancias.>>.*

---

3. La disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, determina que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor, 7 de octubre de 2015, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil.

De tal doctrina, en una primera aproximación, parece seguirse –y se sigue para algunos- que el art. 945 CCom resulta de pertinente aplicación para regir el plazo de la prescripción extintiva de las acciones de responsabilidad que se ejerciten con carácter general y sin discriminación alguna contra las empresas de servicios de inversión. Pero no olvidemos el supuesto que resolvía: la responsabilidad de una empresa de servicios de inversión por la apropiación por una persona física que trabajaba para su agente o apoderada del dinero entregado por su cliente destinado a adquirir un concreto instrumento de inversión no complejo –una letra del tesoro de vencimiento anual con obligación y a su reinversión sucesiva en el mismo producto-.

La decisión –una sola sentencia- ha tenido acogida, pero no de forma generalizada, en la doctrina de nuestras Audiencias. Citaré dos sentencias que imponen su aplicación al servicio de asesoramiento.

La SAP Valladolid, Sección 3ª, de 13 de octubre de 2015, fundamento de derecho tercero, estimó que la STS de 23 de febrero de 2009 daba respuesta a un problema interpretativo concreto relativo

a la aplicación del citado art. 945 CCom, que incluía bajo el ámbito de la responsabilidad que podía incurrir los “agentes de cambio y bolsa” la responsabilidad de otras empresas que en la actualidad intervienen en los servicios de inversión. Con ello entendió que se daba cumplimiento al criterio interpretativo previsto art. 3.1 CC .

La SAP Málaga, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2018, confirma en este punto la sentencia de instancia que acoge la aplicación del plazo del art. 945, en un asunto en el que se ventilaba una acción de responsabilidad civil por daños derivados del incumplimiento de la obligación de informar en el ámbito de la contratación de un instrumento complejo como era Valores Santander.

Sin embargo, son otras muchas las decisiones de nuestros tribunales que combaten la aplicación de tal plazo de prescripción.

La SAP Alava, Sección 1ª, de 30 de diciembre de 2015, fundamento de derecho segundo, excluye la aplicación a la empresa de inversión de la consideración de agente de Bolsa, Corredor de Comercio o intérprete de buques, en atención al cometi-



do principal de asesoramiento que corresponde a la primera. Compara además los supuestos: en el resuelto por la STS de 23 de febrero 2009 al intermediario se le encomendó invertir en letras del tesoro y al contrario se apropió del dinero en su beneficio y al margen por tanto de lo indicado por el inversor; el asunto llamado a resolver tenía como fundamento la imputación de un cumplimiento negligente del contrato por no facilitar la información debida en el momento de contratar y de advertir las dificultades por las que atravesaba el emisor de las preferentes.

La SAP A Coruña, Sección 4ª, de 25 de noviembre de 2016, insiste en acentuar la distinta naturaleza del contrato de asesoramiento financiero y el de comisión o corretaje, para considerar que la aplicación del art. 945 CCom. puede tener encaje para el segundo pero no para el primero, en el que prima la labor de información y evaluación del cliente como presupuesto del servicio de asesoramiento.

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SAP Zaragoza, Sección 4ª, de 30 de junio de 2017; SAP Asturias, Sección 7ª, de 29 de diciembre

de 2017; SAP Valencia, Sección 9ª, de 13 de julio de 2016 y 27 de diciembre de 2017; SAP Córdoba, Sección 1ª, de 31 de octubre de 2018; SAP Valencia, Sección 7ª, de 26 de noviembre de 2018; SAP Ourense, Sección 1ª, de 28 de diciembre de 2018; SAP Badajoz, Sección 3ª, de 14 de enero de 2019; SAP Baleares, Sección 5ª, de 4 de febrero de 2019.

La aceptación de una u otra postura, entiendo, no puede hacerse con abstracción de dos elementos fundamentales: el propio contenido de la relación de asesoramiento en materia de inversión y la exigencia de responsabilidad por su incumplimiento.

## 5.2. La apuesta por el art. 1964 CC

Volvamos sobre el punto de partida, la STS 82/2009, de 23 de febrero de 2009.

La propia sentencia nos permite recordar dos funciones esenciales que tenían los agentes de cambio y bolsa a los que ahora pretende asimilarse las de las empresas de servicios de inversión: la fe pública y la intermediación. Interme-

diación, añadido, como garantes del tráfico jurídico de los valores. Podrían señalarse otras, como la de fijar los tipos de cambio, pero lo relevante ahora es destacar la condición de mandatario en propio nombre que tenía –si se quiere de comisionista– para ejecutar la orden recibida.

Las tareas tradicionales, por tanto, de los Agentes de Bolsa quedaban definidas, en los aspectos más característicos, en el derogado art. 100 CCom<sup>4</sup>: su intervención se producía *<<en las negociaciones y transferencias de toda especie efectos o valores públicos cotizables>>* y *<<en todas las demás operaciones y contratos de Bolsa, sujetándose a las responsabilidades propias de estas operaciones>>*. Digámoslo como lo dice el TS en su sentencia: eran unos comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa. Las órdenes de compra y venta –con voluntad ya formada de los clientes– debían de introducirse y ejecutarse a través de su intermediación.

No es cierto que no tuvieran que cumplir ninguna exigencia de información, pues todo comisionista, en cualquier caso, debe comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación ( art. 260 CCom ). Pero en todo caso la información sobre la ejecución de la orden intermediada entrañaba –conviene decirlo ya– una obligación muy distinta a las exigencias actuales de información y evaluación que tienen las empresas de servicios de inversión bajo el régimen de asesoramiento.

Por tanto, fijémonos en los términos de comparación que permite al TS aplicar el plazo de prescripción corto de tres años del art. 945 CCom. La intermediación como comisionista de la empresa de servicios de inversión de las órdenes de los clientes –en el supuesto resuelto, la adquisición de una letra del tesoro– se produce por la simple y previa orden de adquisición de un producto no complejo ajena a una relación de asesoramiento. Y añadido: en relación con el actual art. 140 RDL

---

4. Los artículos 100 a 105 CCom fueron derogados por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

5. Modalidad de servicio de inversión al que se refiere, para negar la legitimación de una entidad bancaria que adquirió acciones en el mercado secundario por orden del cliente para soportar la pretensión de nulidad por error/vicio, la reciente STS nº 371/2019, de 27 de junio.

4/2015, coincide esencialmente con el servicio de simple recepción y transmisión de una orden para la adquisición de un instrumento financiero<sup>5</sup>. Estamos por tanto ante la simple ejecución de la voluntad del cliente -que conllevaría en su caso la realización de un test de conveniencia ( art. 214 RDL 4/2015 ) si el instrumento financiero fuera complejo- ajena por tanto al servicio de asesoramiento.

Como lo que verdaderamente define a la responsabilidad por daños es el incumplimiento en el que incide, hay que recordar que la actividad de asesoramiento en materia de inversión supone un servicio –independiente o no- en el que a la clientela, generalmente formada por inversores particulares, se les proporciona una recomendación individualizada o personalizada, tras la evaluación de su perfil, sobre uno o varios instrumentos financieros.

Podríamos decir por tanto que el servicio o relación de asesoramiento en materia de inversión, fundado en la confianza –*intuitu personae*-, pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y al que por su atipicidad le serían de aplicación

tanto elementos del contrato de comisión mercantil como, más apropiadamente, del arrendamiento de servicios profesionales. Sin perjuicio, en cualquier caso, de que la progresiva trasposición al ordenamiento interno ( hoy, TRLMV 4/2015 ) de las directivas MiFID ha generado un verdadero cuerpo de normas sobre la conducta y diligencias exigibles a las entidades que presten servicios de inversión. El asesor, por ello, proporciona un servicio mediante una obligación de medios, nunca de resultado. Y sobre la prestación de medios –asimilable al arrendamiento de servicios- gravita su responsabilidad cuando se separe de sus obligaciones legales y contractuales de información y previa evaluación para recomendar de forma individualizada los servicios de inversión o los instrumentos financieros apropiados para el cliente o posible cliente.

Y precisamente es la recomendación, el consejo, la indicación, la sugerencia, no genérica, sino particular o individualizada, del profesional asesor al inversor lo que distingue al servicio o relación de asesoramiento de otros servicios de inversión, como –por lo que ahora importa- la recepción y transmisión de órdenes. Es cierto, no

obstante, que podrá surgir la necesidad del asesor de ejecutar una orden concreta de inversión, pero lo verdaderamente singular nunca será la ejecución de la orden, sino el asesoramiento prestado mediante la recomendación personalizada tras la evaluación e información.

La función, por tanto, de quien prestan asesoramiento es mayor, compleja y distinta, a los simples intermediarios que ejecutan una orden del cliente con voluntad ya formada y cuyo contenido puede efectivamente asemejarse al que prestaban los extintos agentes de cambio y bolsa. Bajo esta lógica se entiende el contenido de la sentencia del TS de 23 de febrero de 2009, en cuanto partía de la existencia de incumplimiento doloso de una orden del cliente al separarse intermediario claramente del mandato y voluntad de su cliente.

En definitiva, la asimilación para determinar su responsabilidad de la extinta función de los Agentes como fedatarios o comisionistas con la que corresponde hoy al asesoramiento en materia financiera con el fin de aplicar un mismo plazo de prescripción ( art. 945 CCom ), puede incurrir en una indebida aplicación extensiva de la institución por entremezclar dos relaciones con un contenido obligacional distinto. Parece más adecuado aceptar una concepción restrictiva en la aplicación de tal precepto que permita acudir al plazo general del art. 1964 CC, siempre que nos encontremos con la exigencia de responsabilidad del asesor en materia de inversión que, por no evaluar o evaluar incorrectamente y no informar debida y adecuadamente, propicie una contratación inadecuada que produzca un daño patrimonial<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> El TS, sentencia 55/2018, de 1 de febrero, dispuso lo siguiente sobre la relación entre la empresa de servicios de inversión y el cliente cuando se produce la adquisición de un producto complejo que comercializa y previamente le ha recomendado: <<4.- Hemos afirmado en esta última sentencia ( sentencia 477/2017, de 20 de julio ) que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unas participaciones preferentes) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. (.)>>.

# RESUMEN VOCES

## EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA COMISIÓN DE APERTURA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO

María Teresa Álvarez Moreno

Prof<sup>a</sup>. Titular Derecho Civil acreditada como Catedrática  
Universidad Complutense de Madrid

---

**RESUMEN:** *(I) Se ofrece un estudio jurisprudencial del tratamiento que se ha dado a la comisión de apertura de los créditos hipotecarios, incidiendo en el cambio que supone la trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 y las consecuencias que ello genera para el posterior enjuiciamiento de esta comisión desde la perspectiva*

*de las cláusulas abusivas, y los controles que cabe o no aplicar a la cláusula que la prevea.*

**VOCES:** *Consumidores; préstamo hipotecario; comisión de apertura; cláusulas abusivas; control de transparencia.*

## 1. LA COMISIÓN DE APERTURA EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA

La jurisprudencia de las Audiencias oscila entre su consideración como cláusula abusiva<sup>1</sup>, o como cláusula lícita<sup>2</sup>. La SAP Asturias 16-10-2018 (JUR 2019/22303) señala que el estudio de solvencia es obligación que la ley impone al prestamista, de manera que los únicos conceptos que podrían haber justificado la CAP serían los costes que para la entidad financiera hubiera comportado la información recabada al CIRBE, o cualquier otro archivo similar de activos impagados o pendientes de amortización de los solicitantes del préstamo y sus avalistas.

Por el contrario, sostiene la SAP León de 15-06-2018 (JUR 2018/192478), la validez de la comisión, pues no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validar-

lo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica: el cobro de una comisión de una sola vez en el momento del contrato, llámese apertura o de cualquier otro modo, es una posibilidad contemplada en normas legales y del Derecho de la Unión Europea.

## 2. LA COMISIÓN DE APERTURA: CONCEPTO Y NATURALEZA

La CAP es un coste que puede existir o no en un préstamo. En caso de existir, es un componente más de la TAE, por lo que se integra en el coste del préstamo, y debe reflejarse de modo diferenciado en la oferta del préstamo, y, en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN).

Se trata de actuaciones previas que permiten al banco evaluar la solvencia del deudor, y realizar los cálculos para determinar la conveniencia del préstamo. Puede implicar algunos servicios accesorios del banco, para evaluar la solvencia del

<sup>1</sup> Vid.: SAP Navarra de 27-01-2017 (JUR 2017/137982); SAP Islas Baleares 7-11-2017 (JUR 2017/308658). SAP Cantabria 27-06-2018 (JUR 2018/199040). SAP Las Palmas 20-09-2018 (JUR 2019/32239).

<sup>2</sup> SAP Tarragona 15-05-2018 (JUR 2018/199280).

prestatario, su capacidad de repago del crédito, evaluación de las garantías presentadas, preparar el contrato, organizar la tramitación del préstamo, la apertura de la cuenta bancaria donde se efectuarán los reintegros, la gestión del montante del crédito, y la temporización para hacer efectivo el pago el día en que se celebre la compraventa del inmueble financiado con el préstamo hipotecario. En definitiva, “englobará 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” (STS de 23-01-2019 (RJ 2019/114)).

No hay un desglose de las actividades, ni tampoco se imputan los costes de las mismas, sino una única comisión que los engloba, y que ha de pagarse de una sola vez y al inicio de la vida del préstamo.

En todo caso, se trata de una comisión distinta de otras que pueden incluirse en el préstamo, como

la comisión por riesgo, de estudio, de reclamación de posiciones deudoras<sup>3</sup>, de mantenimiento, cancelación anticipada, etc. Estas pueden ser comisiones que se activen (o no) a lo largo de la vida del préstamo (como la de reclamación de posiciones deudoras o de cancelación anticipada), y que sean de pago único, o que deban abonarse periódicamente (como la de administración, por ejemplo).

En cuanto a su naturaleza, la jurisprudencia, se ha cuestionado si esta CAp implica la retribución por la prestación de servicios adicionales, ejecutados previamente por el banco, o por el contrario, forma parte del propio precio del préstamo, y por tanto, está incluida en el objeto principal del contrato. Esta comisión se entendía inicialmente como una serie de servicios adicionales y previos, a la propia prestación principal de entrega del capital del crédito. Ello obligaba a cuestionarse si se trata o no de servicios adicionales, y si de existir y probarse estos, en realidad, implicaba un incremento del precio por servicios adicionales

---

<sup>3</sup> Vid. *SAP Valencia 4-04-2018 (AC 2018/364)*.

no requeridos por el consumidor, que podrían ser declarados, consecuentemente, como cláusulas abusivas.

En cuanto a considerarse servicios adicionales, la jurisprudencia exigía al menos una alegación y prueba por parte de la entidad bancaria de que se habían realizado las actuaciones y gestiones oportunas que justificasen el pago de la CAp. Es decir, se exigía una prueba de su existencia real y autónoma, como servicios prestados<sup>4</sup>, distinta de la entrega del capital. Cuando no se acredita que responda a servicios efectivamente prestados<sup>5</sup>, ni a gastos<sup>6</sup> generados para la entidad bancaria, se opta por declarar que es una cláusula abusiva, condenando a la entidad a la restitución de su importe al consumidor. Así, la SAP Asturias 21-12-2018 (JUR 2018/37657), en la que se afirma que la CAp es una cláusula abusiva, porque la recepción de la solicitud de préstamo, el estudio de solvencia y la formulación de oferta vinculante son activi-

dades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente, y además, correspondía a la entidad demostrar la efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar<sup>7</sup>.

En segundo lugar, si se prueba la existencia de dichas actuaciones previas, el tribunal entra a enjuiciar si existe o no proporcionalidad<sup>8</sup> en relación con los derechos y deberes de las partes contratantes. En estos casos, los tribunales consideran que se trata de un servicio adicional impuesto al consumidor, y a tenor de lo dispuesto en los arts. 87.5, u 89.4 TRLCU declaran el carácter abusivo, por “servicios no efectivamente usados” o consumidos, o por la “imposición al consumidor servicios complementarios o accesorios no solicitados”.

En sentido opuesto, la SAP León 27-02-2018 (AC 2018/924), afirma que la CAp es un coste

---

<sup>4</sup> Así, SAP Asturias 22-11-2018 (JUR 2019/38897), o SAP Islas Baleares 7-02-2018 (JUR 2018/96834).

<sup>5</sup> SAP Asturias 19-12-2018 (JUR 2019/37910); SAP S.C. Tenerife 29-11-2013 (JUR 2014/78138); SAP Zaragoza 5-0-2017 (AC 2017/1).

<sup>6</sup> Vid, la SAP Asturias 26-01-2018 (JUR 2018/64274).

<sup>7</sup> En el mismo sentido SAP Zaragoza 5-01-2017 (AC 2017/1), SAP Islas Baleares 19-12-2018 (JUR 2019/38788); SA Asturias 19-01-2018 (JUR2018/64536).

<sup>8</sup> SAP Asturias 19-01-2018 y SAP Islas Baleares 19-12-2018.



financiero más que se deriva de la provisión de dinero que se dispone a favor del prestatario, por lo que dicha comisión se genera por actos previos propiamente a la firma del contrato, remunerando servicios efectivamente prestados que suponen unos costes.

La STS 23-01-2019 ha resuelto definitivamente esta cuestión, al señalar que la CAP no corresponde a actuaciones o servicios eventuales, por lo que no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. No se trata de servicios eventuales, sino que las operaciones se llevan siempre a cabo, algunas de ellas incluidas en la actual obligación de evaluación de la solvencia del consumidor, motivo por el cual, no es necesario probar su realización. No obstante, lo esencial de este cambio de postura del TS viene dado porque ha considerado que la CAP forma parte del precio del contrato, lo que implica elevarla a categoría de componente integrante del objeto principal del negocio celebrado.

Según el TS: “No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios”. No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la CAP y el coste de la realización de las actuaciones iniciales para la concesión del préstamo. La fijación del importe de la CAP constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

Si para la jurisprudencia<sup>9</sup> la CAP era una cláusula accesoria, para el TS, en la STS 23-01-2019, es parte del precio, puesto que: “el interés remuneratorio y la CAP constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar

---

<sup>9</sup> SAP Alava 20-02-2018 (AC 2018/761).

una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá”.

Tanto el interés como la CAP deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria (FEIN o ESIS). La CAP forma parte del precio total del contrato de préstamo y se integra como elemento destacado y de presencia necesaria en la TAE y en las fichas de información normalizada, y, por ello, es uno de los extremos relevantes junto con el interés remuneratorio que permite al consumidor valorar el precio total del crédito y comparar entre distintas ofertas, para tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Al hecho de ser parte integrante y necesaria del precio total del crédito se une su conexión necesaria con prestaciones y tareas a cargo del

prestamista que son inseparables y presupuesto imprescindible de la concesión de crédito y su disfrute por el consumidor (estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión del capital hasta su entrega).

Aun así debe quedar claro que la CAP no es igual a la disposición del efectivo por el prestatario, sino que 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. La CAP se cobra por actuaciones “inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito”.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio, una CAP. Así lo hacía la norma 3.1-bis-1º, de la Circular 8/1990, 7 septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, 22 julio y así lo hace la Ley 2/2009, 31 marzo. Con la imple-

mentación de la Directiva 2014/17/UE, 4 febrero 2014, el art. 14.4 de la Ley 5/2019, de 15 marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, incluye entre las normas de transparencia de créditos hipotecarios, la CAp; y en los Anexos I y II de la Ley, se incorpora la referencia a esta comisión en el modelo de FEIN, dentro de la TAE, como comisión que debe abonarse de una sola vez.

### 3. CONTROL APLICABLE

Si la CAp forma parte del objeto principal del contrato, la cláusula que la establece es válida si supera el control de transparencia puesto que no es una partida ajena al precio del préstamo, es decir, si la cláusula supera el control de inclusión (o transparencia formal) y de transparencia (material). No cabe la aplicación del control de contenido, sobre el carácter abusivo de la cláusula, excluido por el art. 4.2 Directiva 1993/13.

Si no supera el control de transparencia, formal o material, se considerará como cláusula nula

de pleno derecho, tal como señalan los arts. 5.5 de la LCGC, y el nuevo párrafo final del art. 83 TRLCU, que entrarán en vigor el 16 junio 2019. Se establece la nulidad en caso de no transparencia de la CAp.

### 4. CONCLUSIONES Y CRÍTICA

La CAp es:

1º Objeto principal del contrato: la CAp, es un componente más del coste total del crédito. Forma parte, expresamente, de la TAE.

2º Cláusula lícita.

3º Como parte del objeto principal, no cabe el control de contenido, sino, que debe atenerse al control de transparencia, formal y material. Si no fuese transparente, se declararía la nulidad de pleno derecho de la misma.

El TS ha optado por una solución fácil, incluir la CAp en el objeto principal del contrato, pero claramente no deja de ser una comisión, aunque

su coste sea elevado, por lo que no es ciertamente, desde el punto de vista jurídico, un elemento integrante del objeto principal del préstamo. Si el préstamo es contractual, se define por la entrega de un capital a cambio de su restitución más los intereses. Como contrato real y unilateral, la entrega del capital forma parte de su perfección, y sólo surge la obligación del prestatario de restituir principal más intereses. Ahora, tendremos que

empezar a definir el préstamo como la entrega de un capital a cambio de que el prestatario devuelva principal más su retribución, incluyendo dentro de ésta tanto el interés como la CAP, pero excluyendo el resto de comisiones (y gastos), que no “forman parte” del objeto principal, y consecuentemente pueden ser declaradas abusivas.