
SECCIÓN ABIERTA

LA VALIDEZ DE LA TRANSPARENCIA
«EXTENSIVA» PERO «AVANZADA» DE LA
COMISIÓN DE APERTURA
Y
LA ABUSIVIDAD ESTRUCTURAL «INTERMEDIA»
DE LA COMISIÓN «TRANSPARENTE EXTENSIVA
AVANZADA» PERO «DESLEAL E INEQUITATIVA»

THE VALIDITY OF THE «EXTENSIVE» BUT ADVANCED
TRANSPARENCY OF THE ARRANGEMENT FEE
AND
THE «INTERMEDIATE» STRUCTURAL ABUSE OF THE
«TRANSPARENT, EXTENSIVE, ADVANCED» BUT «UNFAIR AND
INEQUITABLE» FEE

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

Profesora Titular de Universidad
UNED

Sumario: *Introducción. 1. La comisión de apertura no es elemento «esencial» del contrato. 1.1. Criterios deducidos del TJUE para calificar la naturaleza de una cláusula. 1.2. ¿Eran criterios imperativos? 2. La comisión de apertura es elemento «importante» del contrato. 2.1. Proviene de una obligación primordial, aunque no guarde relación «directa» con la obligación «principal» y no tenga sanción civil. 2.2. Es una obligación «importante» en el análisis de los criterios del TJUE para evaluar los controles de transparencia y abusividad. 2.3. Antiguos argumentos: la individual llamada de atención del consumidor medio no siempre causa desequilibrio importante entre las partes, el denunciado efecto distorsionador y otras posibles incoherencias en las resoluciones*

del TJUE en la materia. 3. Reafirmados 4 de los 5 criterios obiter dicta de la STS 44/2019 para enjuiciar la transparencia «extensiva» de la comisión de apertura. 4. Las «indicaciones» para realizar el juicio de abusividad de cualquier comisión de apertura transparente o no transparente. 4.1. La buena fe del prestamista hace a la cláusula leal y equitativa. 4.2. Un desequilibrio importante de las partes en el contrato se mide por la renuncia de derechos y la entrada sorprendente de la comparación del coste de la comisión de apertura y el precio total del contrato de préstamo. 5. ¿Hay que llegar al sorprendente criterio de la comparativa entre precio del contrato y los servicios «inherentes» prestados? 6. La vuelta a la confusión de criterios de transparencia material y control de transparencia y el pretendido avance de la aplicación del criterio de la desproporción entre el gasto y servicio con exigencia de facturas. Conclusiones

Resumen: Con la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de 16 de marzo 2023 (Asunto 565/2021), se ratifica lo que algunos habían comprendido desde la STJUE Caixabank de 16 de julio 2020 acerca de que la comisión de apertura al igual que otros gastos anejos a la puesta a disposición del dinero de un crédito hipotecario o de consumo estandarizados, era elemento accesorio del contrato; y, por tanto, que fuera o no comprensible por el usuario más allá de su letra y, fuera calificada de transparente o no de forma «extensiva», el juicio de abusividad resulta inevitable.

Así, el control de «contenido» también llamado de «transparencia» que a juicio del TJUE debe realizarlo de oficio el juez remitente con sus «indicaciones» para comprobar la exigencia de buena fe y el posible «grave» desequilibrio en el contrato, a saber, si el trato dado por el profesional al usuario fue leal y equitativo y si hubo o no menoscabo grave de la posición jurídica del usuario, parece armonizado con esta nueva resolución, pero no es así. La razón principal es que el propio TJUE introduce en el examen de la obligada comprobación del desequilibrio de las partes en el contrato un control de precios sin baremo siquiera para enjuiciarlo.

Por lo dicho, aunque alabemos el avance que supone para nuestros órganos jurisdiccionales que se hayan reafirmado 4 de los 5 criterios previstos en la STS 44/2019, de 23 de enero para calibrar la transparencia «extensiva», auguramos una nueva desarmonía de resoluciones jurisprudenciales que el TS pretendió apagar cuando planteó su Auto de 10 de septiembre de 2021 al TJUE.

Nuestra propuesta para lograr una solución armónica del control de transparencia sin llegar al control de precios de esta obligación que, aceptamos, no tiene una relación directa con el elemento esen-

cial de contrato pero que es primordial para evitar un sobreendeudamiento en el mercado constituyéndola a través de la concesión de un préstamo responsable, es doble:

Por una parte, no entrar al juicio de abusividad cuando en el análisis de la transparencia «extensiva» la prestamista no se limite a expresar fielmente su concepto legal, sino que detalle singularmente los servicios «inherentes» a la concesión haciendo comprender al prestatario su naturaleza, pues aquí sería transparente de forma extensiva «avanzada» y, por tanto, no podría considerarse abusiva; y

Por otra, parar el juicio de abusividad en el momento o fase en que en la cláusula transparente «extensiva» pero «no avanzada» se compruebe por el juez que no hubo por parte de la prestamista un comportamiento leal y equitativo en el escenario de negociación individual del contrato; en definitiva, cuando simplemente no demuestre que realizó los obligados servicios «inherentes» para la gestión y concesión de ese en concreto crédito responsable, cuesten lo que cuesten. Porque, en dicho caso, podríamos afirmar que adolece de una abusividad «estructural», aunque «intermedia» porque hemos analizado su abusividad en el juicio de abusividad pero no por el hecho de que los servicios sean más o menos baratos considerar que es válida o no. Se trata de que se haya cumplido o no según reiterada jurisprudencia del propio TJUE una obligación importante en el mercado europeo, no de que el coste sea o no proporcionado al servicio que no se llevó a cabo o que se hizo de forma deficiente.

El TJUE tiene afirmado que el incumplimiento de la obligación de investigación de la solvencia del prestatario lleva aparejada la sanción de la pérdida de los intereses remuneratorios. No hay pues que acudir a un control de precios.

Con nuestra propuesta, podríamos concluir: primero, que la comisión transparente «extensiva-avanzada» es válida y no necesita juicio de abusividad, por lo que se acerca al elemento esencial del contrato; segundo, que la comisión de apertura transparente «extensiva-avanzada» y la «no avanzada, leal y equitativa» se miden con el mismo criterio 2º, se consideran no abusivas como se pone de manifiesto en las resoluciones nacionales; y, tercero, que la comisión «extensiva no avanzada realizada con deslealtad o falta de equidad», adolece de una abusividad estructural o directa, aunque «intermedia» entre el elemento esencial de poner a disposición del usuario el precio o remuneración del préstamo y los demás elementos accesorios del contrato; no hay que controlar su precio y decidir en función de si es más o menos barata, su validez o abusividad; funciona como aquella obliga-

ción principal que no informando comprensiblemente de su función en el contrato adolece de una abudividad estructural o directa y no necesita de juicio de ausividad ni de control de precios.

De esta manera, estaríamos tratando a la comisión de apertura conforme al calificativo de «importante» que emplea el propio TJUE y seguiríamos afirmando que es un *tertium genus* entre el elemento principal del contrato y los elementos accesorios al mismo.

Palabras clave: Contratos celebrados con consumidores, Préstamos hipotecarios, Cláusulas abusivas, Cláusula de comisión de apertura de préstamo, Pretensión de anulación de dicha cláusula y restitución de la cantidad abonada por ella, Carácter claro y comprensible de las cláusulas, Existencia de una normativa nacional, transparencia extensiva, Elemento esencial del contrato, Elemento importante, Elementos accesorios del contrato, Prestación simplemente relacionada con el propio objeto principal del contrato, Comisión de apertura, Consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso, cláusula clara y comprensible, Cláusula abusiva, Cláusulas predisuestas, Desequilibrio importante sobre los derechos y obligaciones de las partes, Juicio de abusividad directo o automático, Exigencias de la buena fe.

Summary: The judgment of the Fourth Chamber of the Court of Justice of 16 March 2023 (Case 565/2021) confirms what some had understood since the Caixabank judgment of 16 July 2020, namely that the arrangement fee, like other costs associated with the provision of money for a standardised mortgage or consumer credit, is an ancillary element of the contract; and, therefore, whether or not it was understandable to the user beyond its wording, and whether or not it was considered to be transparent in a «comprehensive» way, the judgement of unfairness is inevitable.

Thus, the control of the «content», also known as «transparency», which according to the CJEU should be carried out ex officio by the referring judge with its «indications» to verify the requirement of good faith and the possible «serious» imbalance in the contract, namely whether the treatment given by the professional to the user was fair and equitable and whether or not there was a serious impairment of the user's legal position, appears to be harmonised with this new decision, but this is not the case. The main reason for this is that the CJEU itself introduces a price control into the examination of the obligatory verification of the imbalance of the parties to the contract, without even providing a scale for its assessment.

Therefore, although we praise the progress made by our courts in reaffirming 4 out of the 5 criteria established in STS 44/2019 of 23 January for the assessment of «comprehensive» transparency, we predict a new disharmony of jurisprudential decisions that the SC wanted to erase when it submitted its order of 10 September 2021 to the CJEU.

Our proposal for a harmonious solution to the control of transparency, without going so far as to control the price of this obligation, which we accept is not directly related to the essential element of the contract, but which is essential to avoid over-indebtedness in the market through responsible lending, is twofold:

On the one hand, not to make a finding of unfairness if, in the analysis of «extensive» transparency, the lender does not limit itself to a faithful expression of its legal concept, but rather specifies the services «inherent» in the concession and makes the borrower understand their nature, since in this case it would be «advanced» and extensive transparency and therefore cannot be considered unfair.

On the other hand, to stop the process of unfairness at the moment or stage when, in the «extensive» but «non-advanced» transparent clause, the judge finds that the lender has not behaved fairly and equitably in the individual negotiation scenario of the contract; in short, when he simply does not prove that he has provided the obligatory «inherent» services for the management and granting of this specific responsible credit, whatever the cost may be. Because in such a case we could say that it suffers from a «structural» abuse, although «intermediate» because we have analysed its abuse in the abuse test, but not because the services are cheaper or cheaper; to consider it valid or not. The question is whether or not an important obligation in the European market has been fulfilled, according to the settled case law of the CJEU itself, not whether or not the costs are proportionate to the service not provided or provided inadequately.

The CJEU has held that failure to comply with the obligation to check the borrower's creditworthiness is punishable by loss of interest. There is therefore no need for a price control.

With our proposal, we could conclude: first, that the «extensive-advanced» transparent commission is valid and does not require a finding of unfairness, and is therefore close to the essential element of the contract; secondly, that the 'extensive advanced' transparent arrangement fee and the 'non-advanced, fair and equitable' fee are measured by the same criteria and are not considered abusive, as evidenced by national decisions; thirdly, that the 'extensive non-advanced

commission charged unfairly or inequitably' suffers from structural or direct unfairness, although it is 'intermediate' between the 'extensive non-advanced commission' and the 'unfair or inequitable commission'; and, fourthly, that the «extensive non-advanced commission charged unfairly or inequitably» is structurally or directly unfair, although it is «intermediate» between the essential element of making the price or remuneration of the credit available to the user and the other ancillary elements of the contract; its price does not have to be checked and its validity or unfairness decided on the basis of whether it is cheaper or more expensive; it functions like the main obligation, which, without providing comprehensible information on its function in the contract, suffers from structural or direct unfairness and does not require a judgement on fairness or price control.

In this way, we would treat the arrangement fee in accordance with the qualification of «significant» used by the ECJ itself, and we would continue to affirm that it is a *tertium genus* between the main elements of the contract and the ancillary elements.

Key words: Consumer contracts, Mortgage loans, Unfair contract terms, Term concerning loan arrangement fees, Application seeking a declaration of invalidity of that term and reimbursement of the amount paid on that basis, Plainness and intelligibility of the terms, Existence of specific national legislation, Transparent in a broad sense, Main subject matter of the contract, Terms ancillary to those that define the very essence of the contractual relationship, 'Important' element of the mortgage loan or credit agreement, Services which are merely associated with the main subject matter itself, Arrangement fee, The average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, clear and intelligible contractual terms, Unfair contractual term, Terms not individually negotiated, Significant imbalance in the rights and obligations of the parties, Directly subject to the unfairness test, The requirement of good faith.

INTRODUCCIÓN

No nos queda más remedio que aceptar que la comisión de apertura, a juicio del TJUE en la reciente Sentencia Caixabank, de 16 de marzo 2023 (Asunto 565/21; en adelante, Sentencia Caixabank 2023), es un elemento que NO puede calificarse de «esencial» del contrato de préstamo. Con ella podemos decir que las dos principales razones expuestas por el TS no han tenido éxito cuando se sometieron al parecer del TJUE, a saber: que estamos ante una comisión regulada en

el sentido de que se conceptúa en la legislación con la descripción no exhaustiva de servicios cuyo cometido es cumplir por la prestamista la obligación principal de concesión de un préstamo responsable¹ y que se regula distinguiéndola de otras comisiones o gastos que emergen en el contrato de préstamo a los que se les exige por la propia normativa española que se repercutan siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Para nosotros como otros autores² que hemos defendido siempre de un lado, que la comisión de apertura no es un elemento igual o equiparable a esos otros gastos accesorios, por lo que ocupa un lugar intermedio entre el elemento principal del contrato y éstos y de otro, que incluso la Sentencia Caixabank 16 de julio 2020 no obligaba al TS a calificar a la comisión de apertura como elemento accesorio y por tanto, a cambiar su doctrina expresada en su Sentencia de Pleno núm. 44/2019, 23 de enero³, (en adelante, STS 44/2019), las principales razones para seguir insistiendo en esto son:

Primero, que a partir del cambio de doctrina operada por el TS en su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁴, (en adelante, STS 816/2023), al acatar la resolución del TJUE sobre la comisión de apertura, los criterios a emplear para el análisis de la fase de transparencia extensiva y de la fase primera del enjuiciamiento de la abusividad, se desdibujan no solo por él sino por los propios órganos jurisdiccionales en sus posteriores sentencias; en concreto o principalmente cuando examinan la materialización, a través del criterio 5º, (circunstancia de su redacción, su ubicación y su estructura) del criterio 2º en el examen de la transparencia extensiva relativo a si se dio por la prestamista la información necesaria al prestatario para que comprendiera que la carga económica que asume tras la firma de su contrato de préstamo

¹ BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, 231-280.

² PANTALEON PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I), Sept. 13, 2020 Almacén de Derecho; Cap. 2 Comares Jurídico Colección: Los Libros del Almacén, Granada, 2023, entiende que tras la STJUE de 16 de julio 2020, CY, que el Pleno del TS no necesita modificar la doctrina que sentó en la Sentencia 44/2019 de 23 de enero. Sus razonamientos afirmados por un tracto de preguntas que realiza en dicha entrada serán apuntados en su lugar oportuno en este artículo.

³ Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, ROJ: STS 102/2019, ECLI:ES:TS:2019:102.

^BBENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257.

⁴ Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS:2023:2131.

es la correspondiente a los servicios que responden a una naturaleza concreta: la gestión y concesión singularizada de su préstamo.

Segundo, que al propio Tribunal de Justicia no le queda más remedio que hablar de que es un elemento «importante» del contrato préstamo pues debe ser, creemos porque no lo dice, acorde con su propia jurisprudencia sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del deudor.

Como desarrollaremos en estas páginas, es prácticamente lo mismo decir que la cláusula comisión de apertura transparente «extensiva» puede tildarse además de «avanzada», porque lleva al entendimiento detallado del funcionamiento de la cláusula, esto es, número, tipo, duración, complejidad y coste de las acciones realizadas en el preciso contrato para conocer la solvencia del cliente y concederlo, que no simple «deducción» de la naturaleza de dichos servicios, que decir que no es transparente «extensiva-avanzada» porque no se informó con detalle en el momento de la concesión del crédito pero que se ha comportado leal y equitativamente la prestamista cuando desvela en la primera fase del juicio de abusividad las actividades o servicios realizados. La razón es que en ambos casos la cláusula comisión de apertura es válida o no abusiva y utilizan el mismo criterio, del que, por otra parte, somos partidarios de homogeneizar a través de las fichas normalizadas incluyendo su detalle en la fase de la transparencia extensiva avanzada.

En cambio, estaremos ante una abusividad estructural que calificaremos de «intermedia» que no «directa» como es la de los elementos esenciales del contrato, cuando se llega a la segunda fase del juicio de abusividad y no hay prueba de la realización de las acciones de la prestamista o de simplemente de su incumplimiento⁵; porque, si demostrados los servicios inherentes, la cláusula no será abusiva y no se tendrá que controlar la posición jurídica de las partes, mientras que si no se demuestran o se demuestran ineficaces o insuficientes para conceder un préstamo responsable, causará la abusividad estructural de la cláusula; el incumplimiento de esta obligación que no siendo principal por no ser directa con la prestación esencial del contrato sí es «importante» porque el mercado debe ser preservado de un sobreendeudamiento, no se debe de ampararse en el mayor o menor precio de los servicios para decidir si se abusiva o no.

⁵ O incluso sus facturas que, como veremos, se ha planteado cuestión prejudicial al TJUE por el JPI núm. 6 de Ceuta con su Sentencia de 2 de enero 2024.

Colocar en el lugar oportuno a la cláusula comisión de apertura «transparente no avanzada y desleal e inequitativa», entre el elemento esencial del contrato y los elementos accesorios, y poder con ello hablar de que adolece de una abusividad estructural intermedia, nos permite no solo evitar la posibilidad de considerarla válida porque su precio es bajo sino salvar la dificultad técnica de entrar en el análisis del control de precios que en definitiva es entrar a apreciar lo que son sus «consecuencias económicas» que no «jurídicas», las cuales, lo aclara y creemos es un avance, que no deben residenciarse, por lo menos en cuanto a la comisión de apertura y en esta sentencia, en el juicio de abusividad sino en el de la transparencia extensiva previo.

Solo así podríamos augurar menor dificultad en la labor de nuestros órganos jurisdiccionales y, por ende, en la «pacificación» del enjuiciamiento de las comisiones de apertura, logrando un mayor grado de armonización jurisdiccional.

1. LA COMISIÓN DE APERTURA NO ES ELEMENTO «ESENCIAL» DEL CONTRATO

A riesgo de parecer tercetos respecto de nuestras opiniones anteriores, insistimos en que la naturaleza de la comisión de apertura no es, pese a ser un gasto del crédito al consumo (vid. apdos. 67 y 68 STJUE 3 septiembre 2020, Asunto Profit Credit Polska SA y QJ, BW, OL y CG, (en adelante, STJUE Profit Credit Polska 2020) o del crédito inmobiliario (STJUE CaixaBank 16 de julio 2020⁶, en adelante, Sentencia CaixaBank 2020), equiparable a los demás gastos que emergen en los contratos de préstamo garantizados o no con hipoteca, aunque el TJUE en su reciente Sentencia de 16 de marzo 2023⁷, Asunto 565/21, (en adelante, STJUE CaixaBank 2023), haya declarado que no forma parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito (apdo. 20) y por ello, haya considerado que no forma parte del «objeto principal del contrato» (apdo. 24), como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por nuestro TS en su Auto de 10 de septiembre 2021⁸. Para nosotros, es, utilizando la terminología del

⁶ Sala Cuarta, Asuntos CY y Caixa Bank (C224/19) y LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (C259/19).

⁷ ECLI:EU:C:2023:212.

⁸ CASACIÓN núm.: 919/2019, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES Asuntos acumulados: C-224/19 entre CY y CaixaBank y C-259/19 entre LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Auto fue objeto de estudio hace ya más de 2 años. Vid. BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario

propio TJUE en dicha Sentencia, un gasto «importante»⁹ o más importante que los demás y lo argumentaremos.

La verdad es que en esta resolución Caixabank 2023 el TJUE concluye sin horquilla de apreciación para el TS como órgano remitente y para aquellos órganos jurisdiccionales¹⁰ que consideraban como él que la comisión de apertura era parte del precio al mismo nivel que la remuneración del préstamo (apdo. 22 STS 44/2019), que la comisión de apertura NO forma parte del «objeto principal del contrato» (apdo. 24) porque no deriva de la prestación de la puesta a disposición del dinero por parte del prestamista, prestación considerada como la única «sustancial». Así, entiende que los servicios de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares, si bien son inherentes a la actividad de la entidad prestamista de la concesión del préstamo, no se corresponden con su obligación principal de poner a

en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, 231-280.

⁹ Veremos que así lo acuña el apdo. 27 en concreto cuando comenta uno de los elementos para determinar la transparencia material de la cláusula.

¹⁰ Por ejemplo, la SAP GI de 15 de febrero 2023, (SAP GI 334/2023;ECLI:ES:A PGI:2023:334), que nombramos porque en realidad se produce 1 mes y 1 día antes de la STJUE objeto de este artículo, y comienza por reconocer (FD-CUARTO) que, si bien estaba siguiendo la doctrina del TS sentada en la Sentencia de 23 de enero 2019, relativa a que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato, con la STJUE de 16 de julio 2020 (Asuntos C-224/19 y C-259/19), quedaba meridianamente claro que dicha comisión no está incluida entre las prestaciones esenciales del contrato, que el hecho de que el importe esté incluido en el coste total del préstamo hipotecario, no implica que sea una prestación esencial de éste y que debe ser objeto de control de transparencia formal, tratándose de una cláusula accesoria que exige la acreditación de los servicios prestados.

^{1a} Sentencia de la Secc. 28 AP-Madrid 437/2020, de 18 de septiembre (Ponente: Gregorio Plaza González, ROJ: SAP M 9834/2020 y ECLI: ES: APM: 2020:9834, en adelante, 28 AP-Madrid 437/2020), por mencionar una resolución que se dicta con posterioridad a la STJUE Caixabank 2020, en cambio constituye una excepción a aceptar el cambio de criterio que llevó a otros órganos judiciales como a la señalada AP-Girona; mantuvo, que la doctrina del TS sobre que la comisión de apertura es la de ser parte del precio del préstamo no representa contradicción con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citando en su apoyo las Conclusiones del propio Abogado General Gerard Hogan de 15 de mayo 2019 en el Asunto 621/17, apdos. 37 y 38), según las que consideró que las contrapartidas a los gastos de gestión son precio del préstamo (FD-QUINTO-III-2. Cuarta). Aminoró la AP el valor de las afirmaciones del TJUE en este caso porque creyó que respondían a un planteamiento distorsionante provocado por el órgano remitente de la causa (FD-QUINTO. III.2. Cuarta. II. apdo. 20) y porque tuvo en cuenta que el rol del TS es sentar doctrina unificadora que debe de ser acatada por los demás órganos jurisdiccionales (art. 1.6 CC) y a la que el TJUE no debe tampoco contradecir imponiendo sus opiniones respecto del Derecho nacional puesto que su competencia se circunscribe a la interpretación del Derecho de la Unión (art. 267 TJUE, FD-QUINTO. III. 2. Cuarta. II).

disposición del prestatario un determinado dinero o reembolsarlo con intereses en plazos¹¹; están «simplemente relacionados con el propio objeto principal del contrato», por lo que son «de carácter accesorio» (apdo. 23). Y como debe hacer una interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 por encerrar éste una disposición que fija una excepción al mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas, afirma que se debe ser muy riguroso en la calificación de principal o no de la cláusula sometida a análisis (apdo. 21).

Así la Sentencia Caixabank 2023 no considera determinantes para sostener que la comisión de apertura encierre una obligación equivalente a la indiscutible obligación de poner a disposición del prestatario el dinero prestado, los dos argumentos que manejó nuestro TS para la calificación de la cláusula comisión de apertura como principal, a saber, que el concepto de comisión de apertura esté legalmente previsto e incluso que esté destacado de otros gastos que emergen cuando la concesión de un crédito hipotecario (apdo. 20); y el hecho de que se contabilice dentro del «coste total del préstamo» (apdo. 19). En efecto, puede que ninguno de los dos argumentos por sí solos convierta en esencial la cláusula comisión de apertura y propicien saltar la barrera de la doctrina de la interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13, pero el TJUE no repara en que el TS señala también que ambos tienen su origen en una obligación imprescindible para el mantenimiento del mercado sano y que pesa esencialmente sobre el prestamista, la evaluación de su futuro cliente pues como se ha señalado siempre por nuestra mejor doctrina¹², no estamos ante la valoración del riesgo del crédito. Lo desarrollamos más adelante en el punto 2.

El TJUE en esta sentencia Caixabank 2023 incide en cambio en mostrar esta doctrina consolidada respecto al precepto señalado, con la cita del apdo. 30 de su reciente Sentencia de 12 de enero 2023, Sala

¹¹ Por ello, cuando aborda el TJUE la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS sobre la base del art. 4.2 Directiva 93/13, cambia la redacción y la reinterpreta diciendo que lo que realmente el TS pregunta en su Auto es sobre la transparencia de esa comisión de apertura que, como para él es un elemento accesorio del contrato y no esencial como afirma el TS, debe de situarse en el art. 5 de la Directiva 93/13 y no en el 4.2 Directiva 93/13. La razón es obvia: no hay una distinta exigencia del grado de comprensibilidad de la cláusula por parte del usuario del préstamo hipotecario ya que tanto para los elementos accesorios como para los principales del contrato ya se indicó por su parte en anteriores sentencias (cita apdo. 67 de la STJUE Caixabank 16 julio 2020 y apdo. 36 Sentencia Kiss y CIB Bank Zrt., 3 octubre 2019), que la exigencia de la transparencia es «extensiva» (apdos. 29 y 32).

¹² CUENA CASAS, Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?, Hay Derecho, Blog Concursal, 1 de marzo de 2023.

Cuarta, (C-395/21, EU:C:2023:14, apdo. 30), cuyo litigio se refiere a los Honorarios de abogado-Principio de la tarifa por hora, (apdo. 21) en el que la vuelve a aplicar; hubiera sido suficiente haber citado los apdos. 51 y 52 de su Sentencia 10 de junio de 2021 BNP Paribas Personal Finance (Asuntos C776/19 a C/782/19), en adelante, Sentencia BNP Paribas 2021), o el apdo. 34 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, (C-186/16, EU:C:2017:703, apdo. 34), o incluso el apdo. 33 de la Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, (C-621/17)¹³. Conforme a dicha doctrina, no entraría dentro del concepto «objeto principal del contrato», cualquier obligación que, estuviera relacionada con la obligación esencial e indiscutible del contrato, de prestar y devolver lo prestado; excedería pues de esta obligada interpretación restrictiva del precepto incluir las acciones que nuestra normativa describe en el concepto de comisión de apertura al objeto de decidir sobre la concesión o no de un préstamo; quedaría dicha obligación extramuros del concepto «objeto principal del contrato» (apdos. 21, 23 y 24 Sentencia Caixabank 2023).

Desde nuestro punto de vista dos críticas son necesarias hacer: una, que desarrollaremos en el punto 2. de este artículo y es que no se muestra coherente con su doctrina respecto de la importancia de la obligación de evaluar la solvencia del deudor; y dos, que el TJUE se molesta en reafirmar el fundamento general de dicha restricción cuando lo tenemos claro desde la Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler/Káslerné Rabai y OTP Jelzáobank Zrt (en adelante, Kásler/Káslerné Rabai 2014)¹⁴ (apdos. 54 y 55) y repitió en posteriores como la Sentencia (Sala novena), de 26 de febrero 2015, Matei/SC Volksbank Romania SA 2015, en adelante, Matei/SC Volksbank 2015¹⁵ (apdo. 55), o la Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank (apdo. 34); dice así:

«...del tenor del art. 4.2 de la Directiva 93/13 resulta que...la exclusión... se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación»¹⁶.

Siguiendo con el comentario a la tesis de la interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 que provoca que la comisión de

¹³ ECLI : EU:C:2019:820.

¹⁴ C-26/13 (ECLI:EU:C:2014282).

¹⁵ C-143/13, (ECLI:EU:C:2015:127).

¹⁶ Se refiere, naturalmente, a la que debe existir entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida y lo subrayamos porque, como veremos después, es curioso que no deje al órgano remitente entrar en la calificación de la naturaleza de la cláusula porque no hay criterio jurídico y él entra con sus criterios propios.

apertura no entre dentro del concepto de «objeto principal del contrato», creemos oportuno también decir que no fue mencionada en la STJUE Caixabank 2020 cuyo objeto precisamente fue la calificación de una cláusula de comisión de apertura; en esta resolución el Tribunal de Justicia se limita a mencionar que tanto le daba, es decir, que tanto si estaba traspuesto el art. 4.2 Directiva 93/13 como si no, se iba a exigir la comprobación de la redacción clara y comprensiva de la cláusula y, por tanto, en el modo extensivo y no solo en el plano formal y gramatical que también era predicable del art. 5.1 Directiva 93/13 (apdos. 71 y 66)¹⁷. Podemos justificarlo por el hecho de que el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre la oportunidad de exigir una transparencia material de la cláusula comisión de apertura cuando el órgano remitente le había hecho saber, creemos de forma distorsionada, que el art. 4.2 Directiva 93/13 no estaba traspuesto a nuestro Derecho nacional.

Obviamente tenía claro, lo acabamos de mencionar, desde su sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, en la que trataba el concepto «objeto principal del contrato» del art. 4.2 Directiva 93/13, dos cosas: primero, que dicho precepto tenía «carácter de excepción» con «la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición» (apdos. 42, 43 y 49 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014), (eso sí, aplicado en este caso a una cláusula que preveía que la cotización de venta de una divisa extranjera se aplicaba para el cálculo de las cuotas de devolución de un préstamo); y, segundo, que la calificación de cualquier cláusula si bien corresponde en exclusiva al tribunal nacional remitente atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de préstamo controvertidos en los litigios principales, así como a su contexto jurídico y fáctico, (apdo. 63), éste «puede o debe» hacerlo con los criterios que TJUE, «deduzca» del precepto (apdo. 45 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014), se hubiera o no traspuesto en el ordenamiento jurídico nacional¹⁸. Sigue en co-

¹⁷ De hecho, cuando el TJUE analiza la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS sobre la base del art. 4.2 Directiva 93/13, cambia la redacción y la reinterpreta (apdo. 26) diciendo que lo que realmente el TS pregunta es sobre la transparencia material de esa comisión de apertura que, como para él es un elemento accesorio del contrato y no esencial como afirma el TS, debe de situarse en el art. 5 de la Directiva 93/13 y no en el 4.2 Directiva 93/13.

¹⁸ C-26/13 (ECLI:EU:C:2014282). No obstante, en esta resolución se afirma que el alcance del control de contenido del art. 4.2 Directiva 93/13 ya se había analizado en la Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apdo. 34). Esta Sentencia tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, mediante Auto de 20 de octubre de 2008, en el que una cláusula predispuesta de la entidad bancaria llamada «cláusula de redondeo» había sido impugnada por Ausbanc por abusiva; como

herencia con lo dicho es su Sentencia de 26 de abril 2012, Invitel 2013 en el Asunto 472/10¹⁹ (apdo. 23), en adelante, Sentencia Invitel 2013, apdo. 22, en la que, aunque en un caso distinto²⁰, se especificaba que si bien la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva del art. 3.1. y del anexo de la Directiva 93/13 fijando los criterios para ello, en realidad es el juez nacional el que puede o debe aplicarlos a la hora de pronunciarse sobre la calificación de la cláusula (esta sentencia cita el apdo. 44 de la Sentencia de 9 de noviembre 2010, VB Pénzügyi Lizing, C-137/08).

La doctrina de la aplicación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 se seguirá aplicando en las sucesivas sentencias como en la Sentencia Matei/SC Volskbank 2015 (apdos. 47-49), en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la Sentencia Andriciuc y otros, C-186/16, (en adelante, Andriciuc y otros 2017²¹ (apdo. 34), en la Sentencia Kiss y CIB Bank 2919 (apdo. 34) y en la Sentencia BNP Paribas 2021 (apdo. 53).

Por eso, llegados a este punto, cuando en la Sentencia Caixabank 2023 no se da la oportunidad al TS de mantener su doctrina, creemos necesario profundizar en los criterios que deduce el TJUE del precepto y si éstos ahora son de obligado seguimiento por el órgano judicial remitente; son dos de las preguntas que nos hemos venido haciendo estos años y más desde la Sentencia Caixabank 2020 en orden a clari-

entonces, el art. 4.2 Directiva 93/13 no había sido traspuesto a nuestro ordenamiento, la alegación de la Asociación de que por el art. 8 Directiva 93/13 podría evitar que no se entrara por el juez en un control de contenido de la cláusula porque era ubicable en el art. 4.2. que lo impedía, llevó a la afirmación del TJUE de que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible (apdo. 44).

¹⁹ Sala Primera; ECLI :EU:C:2012:242.

²⁰ Se trataba de una cláusula que estipulaba «gastos por giro» en caso de pago de las facturas por giro postal que había incorporado en su clausulado de condiciones generales la empresa Invitel que proporcionaba servicios de telecomunicaciones. De conformidad con dicha cláusula, «si el abonado paga el importe de la factura por medio de giro postal, el prestador de servicios podrá facturar los gastos adicionales derivados de este modo de pago (como por ejemplo los costes de correo)». Por otra parte, las CG no fijaban cómo deberían calcularse los gastos por giro (apdos. 18 y 19). En el caso en cuestión el Tribunal de Justicia considera que el mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deben prestarse al consumidor no pueden entrar en la exclusión del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 23).

²¹ ECLI:EU:C:2017:703.

ficar la naturaleza no solo específicamente de la que tratamos en estas páginas sino de cualquier cláusula.

Asumimos con ello el riesgo de que nos califiquen de no investigadores sino de simples descriptores del pasado, pero creemos que sigue siendo importante exponer las argumentaciones aún de forma resumida que el Tribunal de Justicia prima para haber llegado a la respuesta que consideramos concluyente aunque drástica. Repasar el bagaje histórico-interpretativo de la comisión de apertura nos va a permitir llegar a esta doble conclusión: que estamos en presencia de un cambio de orden de jerarquía interpretativa del Derecho nacional que supone a su vez un cambio de jurisprudencia del TJUE y que podemos reafirmar que la comisión de apertura no es un simple elemento accesorio del contrato que deba por tanto recibir su mismo tratamiento. Comenzamos:

1.1. Criterios deducidos del TJUE para calificar la naturaleza de una cláusula

A lo largo de los años, del examen de las distintas cláusulas que han sido cuestionadas ante el TJUE, éste ha deducido a nuestro modo de ver, tres criterios del art. 4.2 Directiva 93/13:

1) Que una cláusula es esencial si se refiere de forma directa a la prestación principal del contrato y, por tanto, a los conceptos por el que se expresa el art. 4.2 Directiva 93/13: «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», por otra (en palabras del CDO. 19 de la Directiva 93/13, las que «describan [...] la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación).

Así, ha calificado como esenciales por ser conforme al concepto «objeto principal del contrato» las siguientes cláusulas:

A) La cláusula que, contenida en un préstamo constituido en moneda extranjera, prevea que la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución de un préstamo (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 21 y 36)²².

²² Cuestionaba el tribunal remitente al TJUE si el concepto de «objeto principal del contrato» abarcaba todos los componentes de la contraprestación dineraria a abonar por el prestatario como la suma resultante de la diferencia entre los tipos de cambio aplicados a la entrega y a la devolución del préstamo o si únicamente corresponde a ese concepto el pago del interés nominal (apdo. 29).

- B) Las cláusulas suelo, de las que no se discute ni su licitud ni su pertenencia al art. 4.2 Directiva 93/13; son cláusulas que pueden incluirse en el concepto «objeto principal de contrato»; en principio son lícitas en cuanto a tales (apdo. 24 STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados C-154/15²³, C-307/15 y C-308/15²⁴, Francisco Gutiérrez Naranjo (ECLI:EU:C:2016:980)²⁵ y salieron a examen del Tribunal de Justicia para que se fijara el final o consecuencia de considerar abusiva la cláusula: su nulidad sin límite de tiempo y el alcance de la transparencia exigida.
- C) La cláusula que prevea que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda extranjera que hemos comentado; el pago de la devolución del préstamo en moneda nacional cuando el contrato está configurado en una moneda extranjera es un elemento esencial del contrato (apdo. 55 y 57 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdo. 55 y Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciu y otros, C-186/16, EU:C:2017;703, apdo. 38); no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor; y
- D) La cláusula que modula el precio porque hay otra cláusula por la que el prestatario puede ejercer una opción de conversión de la moneda de pago en determinadas fechas como en la Sentencia de 10 de junio 2021, BNP Paribas Personal Finance, (C-776/19 a C-782/19, apdo. 59).

²³ Interpuesto por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, mediante auto de 25 de marzo de 2015.

²⁴ Interpuestos por la Audiencia Provincial de Alicante mediante autos de 15 de junio de 2015.

²⁵ Lo que se discutió fue si son abusivas por falta de información de su funcionamiento en el mismo, su transparencia material o extensiva, principios que se encuentran formulados desde la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180; vid. sobre este aspecto de la transparencia extensiva o material BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022); y la retroactividad temporal que fijó el TS en sus Sentencias 241/2013, de 9 de mayo 2013 (epígrafe 2.3, apdos. 287 y ss; cita el apdo. 59 de la STJUE RWE Vertrieb 2013 que contempla o justifica dicha limitación en el riesgo de trastornos graves y su conclusión en el apdo. 294, epígrafe 2.4) y 139/2015, de 25 de marzo de 2015, primando el principio de seguridad jurídica. La declaración de la Gran Sala fue diáfana: limitar los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, se opone al art. 6.1 Directiva 93/13.

En cambio, no se han considerado cláusulas esenciales del contrato por no poderse incluir en el concepto «relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación, un bien o servicio» (ahora empleamos la terminología de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdo. 55):

- a) La cláusula que estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados del cálculo de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera realizados por el prestamista. La razón que subyace es que en este tipo de cláusula no parece que el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo. (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 58 y 59. 2º). Y, en concordancia con ello,
- b) La que prevé el pago de una cantidad de dinero al prestamista por realizar el cálculo de la conversión de la moneda de cuenta extranjera al euro para el reembolso del préstamo concertado en moneda extranjera aunque, como hemos visto, se asume como regla general que sí es cláusula que contiene elemento esencial del contrato aquella que prevé el riesgo de tipo de cambio, como en las SSTJUE de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring, (C-51/17, EU:C:2018:750, apdo. 68), de 14 de marzo de 2019, Dunai, (C-118/17, EU:C:2019:207, apdo. 48), y de 10 de junio 2021, BNP Paribas Personal Finance, (C-776/19 a C-782/19, apdo. 57).
- c) La cláusula que permite al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés; no es elemento esencial del contrato porque es objetivo de la Directiva 93/13 servir de «lista gris» de las cláusulas que pueden considerarse abusivas y porque dicho mecanismo de ajustar el precio del tipo de interés funciona como accesorio del mismo y así dicha cláusula no podría separarse de la cláusula esencial (Sentencias de 26 de febrero de 2015, Matei/SC VolksBank, apdos. 54, 60 y 62).
- d) La «comisión de riesgo» luego denominada «comisión de administración del crédito» se analiza en la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015²⁶. El TJUE la calificó (apdo. 64) de no esen-

²⁶ Porque precisamente habiendo discrepancia entre el Tribunalul Specializat Cluj, que conoce del recurso de casación donde era un elemento esencial y algunos tribunales rumanos que consideraban que no se podía ubicar en los conceptos del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 34), el Tribunal remitente consideró incluso aunque se hubiere llegado a un acuerdo por las partes, que era una cuestión de orden público (apdo. 40).

cial. Recordando primero los criterios generales que menciona previamente en el apdo. 54 de la resolución y que deben ser tenidos en cuenta por el tribunal remitente (la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho) considera que pese a que la finalidad de dicha comisión (apdo. 67) es garantizar el reembolso del préstamo como contrapartida a la puesta a disposición de su importe, que (apdos. 70 y 71), ciertos elementos de la documental llegada al Tribunal le llevan a pensar que no es elemento esencial, como, por ejemplo, que el banco no presta ningún servicio por el que deba cobrarse la comisión y que no hay riesgo que motive dicha obligación que no esté ya cubierta con la hipoteca.

2) Que no es o no puede ser criterio determinante para considerarla esencial o que guarde relación directa aquella cláusula que reproduzca el concepto legalmente previsto aunque sean definiciones provenientes del propio legislador europeo, como es la «Tasa Anual Equivalente» (TAE) del art. 2.i) de la Directiva 93/13 o el «coste total del precio para el consumidor» que emplea el art.3 g) Directiva 2008/48²⁷; la razón está en que el propio Tribunal interpreta que el legislador define de forma «particularmente amplia» pues su objetivo primordial es asegurar el principio de transparencia a través de facilitar el conocimiento por el prestatario de todos los gastos o costes a su cargo, se realicen al prestamista o a terceros (apdo. 48 de la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015) y además, debe de seguirse su doctrina de la interpretación restrictiva y autónoma del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdos. 49 y 50 de la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015).

Tampoco es criterio determinante que la cláusula consista en un concepto previsto contractualmente, como por ejemplo el llamado «variaciones significativas en el mercado financiero» porque además de lo dicho en el c) de este escrito sobre su abusividad per se, es tan vago para el Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca que la

²⁷ A este contrato se le aplica la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66; correcciones de errores DO 2009, L 207, p. 14, DO 2010, L 199, p. 40, y DO 2011, L 234, p. 46), que impone al prestamista la obligación general de indicar al consumidor, tanto en la fase previa al contrato de préstamo como durante la vigencia del mismo, determinados datos, entre los que se encuentran la tasa anual equivalente (en lo sucesivo, «TAE»). El anexo I de dicha Directiva establece un método de cálculo armonizado de la TAE. En dicha Directiva se da la definición de TAE en el art. 2, letra i): «[TAE]»: el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito.

cláusula permite al prestamista, aunque sea bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés (apdo. 32 Sentencia Matei/SC Volksbank 2015)²⁸.

3) Finalmente, y ampliando el criterio que precede, que no es o no puede ser determinante tampoco para considerarla esencial aquella cláusula que reproduzca el concepto legalmente previsto de forma independiente a otros gastos.

En efecto, el argumento esgrimido por el TS de que al quedar la comisión de apertura descrita o anunciada de forma destacada²⁹ al igual que el interés remuneratorio como formando parte del coste total de préstamo en la Tasa Anual Equivalente (TAE) en comparación con el resto de los gastos del préstamo porque así se coadyuva a la transparencia que se quiere asegurar en la concesión de créditos hipotecarios, (FD-Tercero, apdo. 11 Sentencia 44/2019)³⁰, para considerarla elemento esencial del contrato, queda contrargumentado por el TJUE con la cita en el apdo. 19, del apdo. 64 de su Sentencia Caixabank 2020; en dicho apartado vuelve a confirmar, lo que tenía afirmado en anteriores resoluciones como la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015 (apdos. 68 y 51): que no puede ser calificada como una prestación esencial del contrato por el hecho de que esté incluida en el coste total de éste o TAE.

²⁸ Sus argumentos son: 1) Apdo. 58: que en su Sentencia Invitel C-147/10, EU:C:2012:242, apdo. 23, ya declaró lo mismo en una cláusula similar; 2) Apdo. 60: que la «lista gris» de cláusulas que pueden considerarse abusivas del Anexo de la Directiva 93/13, quedaría, en gran parte, privada de efecto útil, si se incluyen cláusulas como las que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés si tales cláusulas estuvieran de entrada excluidas de una apreciación de su posible carácter abusivo, en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13; y 3) Apdo. 61: que lo mismo le pasaría al art. 4.4, de la Ley n.º 193/2000, que traspone el art. 3.3 Directiva 93/13 y el anexo contemplado por esta disposición mediante un mecanismo consistente en establecer una «lista negra» de cláusulas que deben considerarse abusivas.

²⁹ Es el argumento 2 de los Motivos 1 y 3 de la recurrente (FD-Segundo), Bankia, contra la Audiencia Provincial que declara nula la cláusula relativa a la comisión de apertura y condena a restituir el precio cobrado (FD-Primero-Hecho 5).

³⁰ Por ejemplo, en el anexo II, parte B, sección 4, punto 3, primera frase, de 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 60, p. 34), se lee: «En el apartado «Otros componentes de la [tasa anual equivalente (TAE)]» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales.»

Todos estos criterios negativos recopilados en estas páginas deben ir precedidos del adjetivo «no determinantes» que es lo mismo que decir con la Sentencia Caixabank 2020 cuando atiende a la definición del art. 3.g) Directiva 2008/48/CE, para rellenar el «objeto principal» «por el mero hecho de...»; es decir, se afirman con la puerta abierta a unirlos, cuanto menos, a otras indicaciones o criterios que puedan llevar al órgano remitente a apreciar finalmente que la cláusula es elemento esencial del contrato.

1.2. ¿Eran criterios imperativos?

Tras lo dicho, vamos a la segunda pregunta que nos preocupaba: ¿qué pasa con los criterios reseñados que son los por el TJUE deducidos de las disposiciones de la Directiva 93/13? ¿Son imperativos? Y, si esto no es así, ¿qué o cuantos criterios deben ser apreciados por el juez remitente para calificar la cláusula como elemento esencial del contrato?

A la primera cuestión deberemos responder de forma negativa. Si se fijan, la decisión para considerar que una cláusula es esencial dentro del contrato el propio TJUE la deja en último término en manos del órgano remitente, siempre, naturalmente, exigiéndole atender a lo que puedan deducir ellos mismos de los criterios señalados y deducidos de forma general de la propia Directiva 93/13, como la naturaleza de los bienes o servicios que sean su objeto, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, y su contexto jurídico.

Resaltábamos al inicio de este epígrafe que cuando en el apdo. 45 de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 el TJUE destaca su propia competencia para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13, criterios para la calificación de la naturaleza de la cláusula, ello no es imperativo, dada la terminología que emplea el apartado: «*el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar la cláusula...*»; de hecho, su propia calificación de esencial en la misma Sentencia, de la cláusula controvertida, (el apdo. 59 relativo a la respuesta que da a la primera cuestión prejudicial y a la primera cláusula discutida en virtud de la cual la cotización de venta de la divisa extranjera en la que se había constituido el contrato de préstamo, era la base para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo), la condiciona (dice: «*si se aprecia*») a la comprobación que debe realizar el juez remitente atendiendo a los criterios señalados. También señalábamos que para otros gastos la Sentencia Invitel 2012, lo había afirmado en su apdo.

22. Lo que no habíamos mencionado es que al final de dicho apartado se puede leer:

«De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate».

Por lo tanto, él mismo reconoce el límite del alcance de su supuesta superioridad en la calificación de la cláusula, y dicha limitación se va repitiendo en las sucesivas sentencias como en la Sentencia Matei/ SC Volksbank 2015 (apdos. 65 y ss.), en la Sentencia Kiss y CIB Bank 2019 (apdo. 33), en la Sentencia Caixabank 2020 (apdo. 63); y en la BNP Paribas 2021 (apdo. 58).

Ahora bien, parece que los criterios o indicaciones fijados por el Tribunal de Justicia se imponen de facto al TS en esta última sentencia objeto de nuestro estudio y la verdad es que no nos sorprende; se observa una cierta evolución de la terminología empleada en dichas sentencias para expresar la mayor o menor maniobrabilidad del órgano remitente a la hora de calificar la cláusula; de «*puede o debe*» que emplea la Sentencia Kásler 2014 a solo mencionar que «*es el Tribunal de Justicia al que le «incumbe deducir del art. 4.2 de la Directiva 93/13, los criterios aplicables al llevar a cabo tal examen*» como reza la Sentencia BNP Paribas 2021 (apdo. 54). En esta resolución cercana en el tiempo a la que comentamos, tras anunciar que es el órgano remitente el que debe de apreciar si la cláusula constituye un elemento esencial de la prestación del deudor que consiste en la devolución del importe que haya puesto a su disposición el prestamista (apdo. 53, cita en su apoyo la Sentencia Kiss y CIB Bank 2017), afirma que el Tribunal es el que deduce los criterios aplicables del art. 4.2 Directiva (apdo. 54), para llevar a cabo dicho examen (cita en su apoyo ahora la Sentencia Andriciuc y otros, apdo. 33) y calla respecto a que el órgano remitente «pueda» seguirlos o no. Como, además, los criterios que fija en los contratos de préstamo en moneda extranjera que analiza y que hemos mencionado en el epígrafe 1.1³¹, son muy concretos nos

³¹ Primero, (apdo. 57), que en general es elemento esencial del contrato, aquella cláusula que prevea que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda, porque es una modalidad de pago y por tanto, se refiere a la propia naturaleza de la obligación (cita la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 38); segundo, que están comprendidas dentro del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 60), las cláusulas que fijando el reembolso de precio en moneda nacional, hacen recaer el riesgo sobre el prestatario al establecer que la moneda extranjera sea la moneda de cuenta y el euro sea la moneda de pago, con la condición (apdo. 56), de que en dichos préstamos el prestamista no realice ningún servicio para calcular el cambio del cálculo en dicha reconversión y no se

preguntamos, ¿qué le quedaría al órgano jurisdiccional por valorar de otra manera la calificación, al menos en estos contratos?

Probablemente, dependerá de la cláusula. En lo que concierne a la comisión de apertura, debemos recordar que nosotros mismos en el artículo que precede a éste ya pusimos de manifiesto que lo aseverado por el TJUE en los tan traídos y llevados apartados 78 y 79 de la Sentencia Caixabank 2020, dejaba abierto el camino para que el propio tribunal remitente calificara la naturaleza de la cláusula, pues eran solo orientaciones; recuérdese en concreto que en su apdo. 64 que hemos señalado más arriba y que fue objeto también de nuestro comentario³² y en coherencia con el apartado 63, incluía entre la jurisprudencia del TJUE la sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014; y recuérdese también que alguna Audiencia, como la 28 Madrid 437/20 tras la STJUE Caixabank 2020, declarando no solo la preeminencia en la interpretación del Derecho nacional del TS sobre no solo los órganos jurisdiccionales nacionales sino sobre del propio Tribunal de Justicia, y atendiendo a la opinión del propio Abogado General Gerard Hogan quien en sus Conclusiones de 15 de mayo 2019 en el Asunto 621/17, apdos. 37 y 38 de la STJUE (Sala Tercera), Gyula Kiss y CIB Bank Zrt.), consideró que las contrapartidas a los gastos de gestión son precio del préstamo (FD-QUINTO-III-2. Cuarta), y mantuvo que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato de crédito hipotecario³³.

haya previsto una remuneración adecuada por ello (señala el caso de la Sentencia Kásler 2014, apdo. 58) porque si lo que prevé la cláusula es la remuneración del cálculo hecho por el prestamista de dicha conversión, no sería elemento esencial del contrato; y tercero, que si se contempla por la cláusula una opción de conversión en euros en determinadas fechas, también contemplan un riesgo de tipo de cambio que en principio es esencial.

³² BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257, sostuvimos que había que entender bien lo afirmado por el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020; así, si bien el TJUE afirma que no es criterio definitivo para afirmar que la comisión de apertura es un elemento esencial del contrato que se incluya dentro del coste total de préstamo, eso no quiere decir que considere que sea un elemento accesorio del contrato; ese criterio de que se incluya dentro del coste total de préstamo puede llevar junto con otros a afirmar que su naturaleza es la de ser elemento esencial porque también dijo el TJUE en la misma Sentencia Caixabank 2020 con la convicción de que solo está orientando al órgano remitente de la cuestión (apdo. 64, cita también el apdo. 47 de la Sentencia Matei/SC Volskbank 2015).

³³ Para esta Audiencia la sentencia responde a un planteamiento distorsionante hecho por el órgano remitente de la cuestión prejudicial, por tres motivos: primero, no prescinde de la interpretación del Derecho nacional realizada por el TS en relación al precio del préstamo y la naturaleza y alcance de la comisión de apertura; segundo, introduce una jurisprudencia inexistente según la cual la comisión de

Si no eran en aquellos entonces imperativos los criterios del TJUE, cabría preguntarse cuál/es de él/ellos se consideran hoy determinantes para entender que la naturaleza de la cláusula es ser un elemento esencial del contrato.

Están señalados claramente en los diferentes apartados del FD-Tercero de la Sentencia 44/2019 y son: que se cobra la comisión de apertura porque responde a servicios o actuaciones no eventuales (9., 13.) sino «imprescindibles» (18.), o «inherentes al negocio bancario (16.)» para la concesión del préstamo (9.), de forma que el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, nada distinto de la propia concesión del préstamo (17.); y que la TAE la recoge de forma independiente de otros gastos del contrato porque, no solo le informa del coste efectivo del préstamo de forma transparente y homogénea (siendo pues un medio homogéneo al igual que las fichas de información normalizadas), para que el consumidor sepa o tome conciencia del sacrificio patrimonial de las dos partidas del precio (interés remuneratorio y el de la comisión de apertura), sino que además justifica el por qué debe sufrir dicho sacrificio patrimonial: que responde a la decisión sobre la concesión del préstamo de forma responsable (11. y 14.).

El TS, autor de dicha calificación de la comisión de apertura con los criterios que tiene en cuenta, estaba en coherencia con las Recomendaciones que el propio Tribunal de Justicia hace a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales desde 2012 y que actualiza en de 2016³⁴ en donde se

apertura «supera automáticamente el control de transparencia»; y tercero, prescinde de la doctrina del TS según la cual el art. 4.2 Directiva 93/13 estaba traspuesto (FD-QUINTO. III.2. Cuarta. II. apdo. 20). La razón es que solo el TS puede interpretar el Derecho nacional para unificar doctrina y no solo los órganos jurisdiccionales inferiores pueden contradecirla u obviarla, por virtud del art. 1.6 CC el TS, sino que debe respetarla el TJUE, órgano que no tiene el papel de interpretar el Derecho nacional sino el Derecho de la Unión, según art. 267 TFUE. De hecho, cita la Audiencia para corroborarlo, por una parte, el apdo. 27 de la STJUE 22 junio de 2010. Melki y Abdeli, C/188/10 y C/189/10 (FD-QUINTO. III. 2. Cuarta. II); y por otra, que también el Gobierno español en dicha Sentencia Caixabank 2020 (apdos. 39-43) al plantearse a quién incumbe el pago de determinados gastos con arreglo al Derecho interno, afirma que el TJUE no tiene competencia para ello, que es competencia del órgano jurisdiccional remitente como lo demuestra el hecho de que las segunda a cuarta cuestiones prejudiciales versan sobre cómo interpretar el Derecho de la Unión y no sobre el Derecho nacional.

³⁴ 2016/c 439/01, DOCE 25 noviembre 2016, actualizan las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales* (DO C 338 de 6.11.2012, p. 1) aprobadas al día siguiente de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se produjo el 1 de noviembre de 2012. En su introducción se dice que «basándose tanto en la experiencia adquirida al aplicar este Reglamento

puede leer en el punto I.3 relativo al «objeto y alcance de la petición de decisión prejudicial»:

«...si bien el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, tal como lo haya determinado el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, no es el propio Tribunal de Justicia quien aplica el Derecho de la Unión al litigio. Al pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión».

Reconocemos que en general, puede haber una línea nítida en la práctica del alcance de la competencia del TJUE que quiere ofrecer a los órganos judiciales remitentes «indicaciones prácticas y necesarias para que puedan pronunciarse útilmente» y la de los órganos judiciales remitentes. Pero creemos que dicha línea se ha desdibujado en el caso de la comisión de apertura cuando ha sido el remitente, el TS, el que sobre la base de la libertad de maniobra que le dio la Sentencia Caixabank 2020, sostiene en su Auto la naturaleza de la comisión de apertura como elemento esencial del contrato y plantea la cuestión prejudicial para que se pueda de una vez por todas, uniformar la cuestión entre las filas de sus órganos jurisdiccionales.

Pero el TJUE concluye que su interpretación es más útil. Creemos que el TJUE debería haber respetado la calificación de la naturaleza de la comisión de apertura dada por el TS ya que en sus anteriores sentencias parecía que correspondía en última instancia a los órganos remitentes pronunciarse sobre ella tomando o no sus directrices o indicaciones.

Pero da igual qué fue o no valorado por nuestro Tribunal Supremo y la base sobre la que planteó su cuestión prejudicial. El panorama ha cambiado. El Tribunal de Luxemburgo afirma en su Sentencia Caixabank 2023 que no es concluyente o definitivo que la normativa nacional prevea conceptos que se incluyan en una cláusula predispuesta para considerar que estamos ante una obligación esencial del contrato aunque lo haga de forma destacada ni que el órgano remitente la haya calificado a nivel nacional como esencial; la diferencia

(1), como en la jurisprudencia más reciente, estas recomendaciones pretenden recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y ofrecer a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia todas las indicaciones prácticas necesarias para que este último pueda pronunciarse útilmente sobre las cuestiones planteadas».

con sus anteriores resoluciones es que ahora prima su criterio sobre el hecho de que la normativa nacional ofrezca el concepto de comisión de apertura como la contraprestación de ciertos servicios que ha de realizar el prestamista con ocasión de la concesión de un préstamo responsable; así, nada menos que contradice al TS afirmando que la legislación nacional no le debe llevar, como pasó en su Sentencia 44/2019 (apdos. 13³⁵ y ss.) a considerar a la comisión de apertura como «retribución» (apdo. 20 STJUE Caixabank 2023), y, con ello, a considerarla «objeto principal del contrato» al mismo nivel que el interés «remuneratorio»; lo que tiene como consecuencia que el órgano judicial nacional no puede quedar eximido de comprobar si las actividades o servicios que se mencionan en dicho concepto se han realizado o no por el profesional (apdos. 49-52).

Entonces, ¿Qué nos queda? ¿Aceptarlo con «resignación jurídica» como así lo ha hecho el TS? Pues sí porque no vamos a actuar de forma diferente a la que defendemos, pero considerando que al menos, la comisión de apertura puede ser calificada como un elemento «importante» del contrato.

2. PERO LA COMISIÓN DE APERTURA ES ELEMENTO «IMPORTANTE» DEL CONTRATO

Pese a todo nuestro *excursus* acerca de la intacta competencia y por tanto, libertad del TS como órgano remitente, y de que no ha sido caprichoso al considerar que la comisión de apertura es elemento esencial del contrato de préstamo como punto de partida de las cuestiones prejudiciales planteadas en su Auto, lo cierto es que con la nueva Sentencia Caixabank 2023, el Tribunal de Luxemburgo ya no deja el margen de discrecionalidad y apreciación de criterios que existían y que había aprovechado el TS para conformar su doctrina relativa a la catalogación de la comisión de apertura como elemento esencial del contrato; y así de forma categórica aclara en concordancia -dice- con sus Sentencias Andriciuc 2017 y Kiss y CIB Bank 2017 (obviando la conclusión del Abogado General ya apuntada) y BNP Paribas 2021

³⁵ Frente al argumento de la Audiencia relativo a que no hay justificación para que la prestamista sea retribuida al margen del interés que devenga del capital pactado puesto que ni la LCGC ni la LGDCU imponen esta comisión sino que están regulando la transparencia en los contratos de préstamo, el TS afirma (2º párr. del apdo. 13 FD-Tercero) que poner a disposición del prestatario el dinero y realizar las actividades apropiadas para la concesión del préstamo tienen naturaleza distinta, y es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte pero como parte integrante del precio la comisión de apertura.

(con la que abríamos el epígrafe 1. pero no mencionando la tan traída y llevada Sentencia Caixabank 2020), que la interpretación restrictiva obligada del art. 4.2 Directiva 93/13, le lleva a considerar que la cláusula comisión de apertura es una prestación **accesoria** porque **está simplemente relacionada** con el objeto principal del contrato (apdos. 23 y 17).

Ante esto, el TS en su Sentencia 816/2023, de 29 de mayo 2023³⁶ (FD-SÉPTIMO-1.-), rectifica su doctrina y, claro está, ya debemos aceptar la nueva naturaleza oficial de la comisión de apertura: no es un elemento esencial del contrato; es una prestación accesoria.

No obstante, aun perdiendo su calificativo de «cláusula esencial», creemos se confirma nuestra opinión de que la comisión de apertura puede ser considerada un *tertium genus* entre cualquier gasto y el precio de la obligación principal del contrato de préstamo, entre la prestación principal y las obligaciones de pago de los diferentes gastos y comisiones que se concitan en el préstamo; podemos decir, pues así utilizaremos la terminología del propio TJUE, que puede llegar a ser calificada como elemento accesorio pero «importante» en ese contrato y como tal, habremos de darle un tratamiento especial o diferenciado de los demás gastos en los controles de transparencia y abusividad respectivos.

Estos son nuestros argumentos: el primero, no tratado en la STJUE que analizamos o la importancia de la obligación que motiva el cobro de la comisión de apertura: la evaluación de la solvencia del prestatario, y, el resto de los argumentos desgajados bien de la propia sentencia al analizar los criterios para apreciar la transparencia extensiva de la cláusula, o del silencio de lo planteado por el TS en su Auto, o bien de la falta de congruencia respecto a otras cláusulas ya calificadas.

2.1. Proviene de una obligación primordial, aunque no guarde relación «directa» con la obligación principal y no tenga sanción civil

El tema de la importancia de la obligación de evaluar por la prestamista la solvencia del cliente como «presupuesto»³⁷ para la concesión del préstamo responsable no ha sido tratado en cuanto a tal en

³⁶ Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS:2023:2131.

³⁷ Término que utiliza el TS en el planteamiento de su cuestión prejudicial 3, Auto de 10 de septiembre 2021 (919/2919).

la STJUE objeto de nuestro estudio, la Sentencia Caixabank 2023. Sin embargo, sí se tienen en cuenta las acciones que se cobijan en dicha obligación para declararla abusiva tanto si no ha sido informada la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados al prestatario (apdos. 32 y 47) como si se imposibilita su control efectivo por el juez para evaluar el posible importante desequilibrio que produzcan en los derechos y obligaciones de las partes (principalmente apdo. 61 y Declaración 3)³⁸.

Es claro que en esta Sentencia Caixabank 2023 el TJUE debería haber entrado más a fondo a su calificación como así lo ha hecho en otras resoluciones de las que daremos cuenta. Se limita, a pesar de que la base sobre la que descansan las tres cuestiones prejudiciales que plantea el TS son la definición descriptiva de la comisión de apertura y las acciones que a modo no exhaustivo constituyen parte de la definición, a considerar que como la comisión de apertura no forma parte del concepto «objeto principal del contrato» por el mero hecho de que esté incluida en el «coste total de este» (apdo. 19), guarda con la indiscutible obligación esencial del mismo (la disposición onerosa de una cantidad de dinero), el mismo tipo de relación que cualquier otro gasto que emerja en el contrato de préstamo, una relación «simple» (apdo. 23). No se entiende su afirmación cuando el TS ya aclaraba en su Auto 919/2019 (6.) que en ningún extremo de la Sentencia 44/2019, que es la base de su doctrina, ni en otras, hubiera argumentado para justificar que la comisión de apertura tiene naturaleza de precio del contrato, que se incluye en el cálculo del coste total del precio o tasa anual equivalente (TAE). Nuestro Tribunal ya conocía la Sentencia Matei/SC Volskbank 2015!

Para el TS, aunque reconoce que las prestaciones para llegar a la concesión de un préstamo responsable tienen distinta naturaleza de la obligación de poner a disposición del dinero prestado (FD-Tercero, apdo. 13 Sentencia 44/2019³⁹), no por ello relega o minusvalora la co-

³⁸ El TS en su Sentencia 816/23 de 29 de mayo 2023, así lo considera, es decir, que el TJUE tiene en cuenta el concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos inherentes para la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, en los apdos. 57 y 59 de la Sentencia Caixabank 2023 (FD SEPTIMO-4.) y por tanto, solo para que sean controlados por el juez pero no, como decimos para que sea una comisión «esencial» que se retribuye al lado del interés remuneratorio del préstamo.

³⁹ Bastaría con copiar FD-Tercero, apdo. 13 de la STS 44/2019 para entenderlo: *«La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (... estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, etc.) muestran 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 por el prestatario durante la duración*

misión de apertura hasta el punto de aceptar fácilmente que ahora el TJUE afirme que solo mantiene una simple relación con la obligación principal. Al contrario, esa distinta naturaleza es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte la comisión de apertura como parte integrante del precio⁴⁰, máxime cuando dicha normativa pensada para asegurar su transparencia, no pretende disciplinar el precio del servicio más allá de lo imprescindible y no exige, por ello, que la entidad financiera pruebe la realización de dichos servicios (apdo. 13 Sentencia 44/2019); la considera también obligación o partida principal del precio y el principal argumento para calificar que la comisión regula un elemento esencial del contrato es la necesidad de realizar el conjunto de los servicios relacionados con la concesión de un préstamo responsable (primera cuestión prejudicial Auto 919/2019).

La falta de argumentación por el TJUE, hace que creamos que no es coherente con sus propias decisiones en el ámbito del que estamos hablando: la importancia de la obligación de evaluar la solvencia del deudor en la concesión de préstamos.

En sus resoluciones no duda como en la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015 (apdo. 67) que el tribunal remitente...

«deberá tener en cuenta, en particular, la finalidad esencial perseguida por la «comisión de riesgo», consistente en garantizar el reembolso del préstamo, que constituye manifiestamente una obligación esencial que

del préstamo. 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 comisión de apertura». Lo único que aportaremos nosotros a este magnífico argumento son dos apuntes olvidados respecto de la Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante, LCCI): 1) que si había dudas, desde dicha norma se hace más nítido el tratamiento distinto que a la comisión de apertura quiso darle el legislador desde su inicio, al insistir en un precepto distinto y con distintas exigencias y efectos respecto a otros gastos y 2) la interpretación auténtica que resaltó con maestría el profesor PANTALEÓN PRIETO en 2020: el rechazo a las dos enmiendas presentadas al art. 14.4 Proyecto de la LCCI para evitar que se cobrase también por la prestamista en concepto de comisión de apertura.

⁴⁰ Frente al argumento de la Audiencia relativo a que no hay justificación para que la prestamista sea retribuida al margen del interés que devenga del capital pactado puesto que ni la LCGC ni la LGDCU imponen esta comisión sino que están regulando la transparencia en los contratos de préstamo, el TS en su Sentencia 44/2019 (2º párr. del apdo. 13 FD-Tercero) ya afirmaba que poner a disposición del prestatario el dinero y realizar las actividades apropiadas para la concesión del préstamo tienen naturaleza distinta, y es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte pero como parte integrante del precio la comisión de apertura, no siendo obligatorio cobrar dicha comisión (apdo. 23 FD-Cuarto Auto 10 de septiembre de 2021).

recae en el consumidor como contrapartida a la puesta a su disposición del importe del préstamo».

Ese es el punto de partida; las finalidad «esencial» perseguida por dicha comisión, porque como ha expresado es primordial dicha obligación para evitar el sobreendeudamiento de los deudores y por tanto, el buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo hasta el punto de extender la sanción de nulidad prevista en un Derecho nacional para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso en la fase precontractual en que se debe realizar la obligación, entendiéndose que se pierden los intereses remuneratorios incluso habiéndose pagado todo el precio sin dificultad alguna por el prestatario. Considerar esto no es precisamente entender que la obligación de la que hablamos no sea al menos «importante».

Últimamente, tenemos el caso de la reciente Sentencia de 11 de enero de 2024 (Sala Tercera) Nárokuj./EC Financial Services⁴¹ (en adelante, Narokuj/EC Financial Services 2024), en la que el Derecho checo (art. 86.2 y 87 Ley n.º 257/2016, de Crédito al Consumo modificada por la Ley n.º 96/2022) prevé, de acuerdo con el art. 23 Directiva 2008/48, como sanción efectiva, proporcionada y disuasoria, la nulidad del contrato de crédito al consumo que supone que el consumidor deberá devolver el principal del crédito recibido dentro de un término acorde a sus posibilidades financieras, en el caso de que la prestamista no realice una adecuada evaluación de la solvencia de su futuro cliente; y el TJUE entiende que dicho prestamista perderá su derecho al pago de los intereses remuneratorios pactados (apdo. 43), aún incluso cuando se hubiera pagado el precio total del préstamo por el consumidor (en este caso otra sociedad mercantil) sin objeción alguna⁴²; y, por tanto, sin que el crédito haya tenido consecuencias perjudiciales para el prestatario por causa del incumplimiento de la obligación de evaluar responsablemente la concesión del crédito (apdos. 52 y 53). Encuentra esta medida sancionatoria de la pérdida de los intereses ya reembolsados adecuada por su efecto disuasorio (apdo. 41) y proporcionada o sin ir más allá del art. 8⁴³ Directiva 2008/48 (apdo. 45). Porque como hemos dicho, lejos de con-

⁴¹ ECLI:EU:C:2024:10) Asunto C-755/22.

⁴² Pues no es subsanable el contrato ni con la objeción de que el consumidor no haya formulado objeción contra dicho contrato cuando reembolsaba lo adeudado (apdo. 37) ni que ya no le asiste el derecho de desistimiento (apdo. 38) que le otorga el art. 14.1 Directiva 2008/48 porque se extinguieron las obligaciones derivadas del contrato (aquí dice que no se aplica lo dicho en el apdo. 279 Sentencia 21 de diciembre 2023, MBW Bank y otros, (C 38/21, C 47/21 y C 232/21, EU:C:2023:1014).

⁴³ El art. 8 de esta Directiva, titulado «Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», dispone:

siderar que la evaluación de la solvencia del deudor es una obligación más, considera que es una obligación que, si incumplida, merece que se proteja con la pérdida de los intereses remuneratorios del crédito incluso habiéndolos pagado sin problemas; es una obligación primordial para evitar el sobreendeudamiento de los deudores (apdos. 34 y 36) y responsabilizar a los prestamistas en la concesión de préstamos a consumidores insolventes (apdo. 46); en definitiva, finalidades que propenden al buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo que deben primar incluso por encima de que se haya ejecutado el contrato. Otra interpretación podría privar -entiende la Sentencia Narokuj/EC Financial Services 2024 - al art. 8 Directiva 2008/48 de su efecto útil (apdo. 36) [ahora invoca la sentencia de 10 de junio de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20, (en adelante, *Último Portfolio 2021*⁴⁴), apdos. 39 y 40].

Pero claro, ésta es una reciente sentencia y tiene que ser coherente con lo expresado anteriormente, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Segunda de 5 de marzo 2020⁴⁵ que resuelve otra cuestión prejudicial planteada por otro Tribunal checo sobre parecida cuestión (apdo. 21), en la que considera que si el fin de dicha obligación es conseguir una armonización completa e imperativa en un ámbito clave como éste que es el que propende a garantizar a todos los consumidores de la Unión Europea un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y a facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del

¹. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.

². Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.»

⁴⁴ EU:C:2021:479. Podría invocar el apdo. 45 de la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13, EU:C:2014:2464.

⁴⁵ En la esta Sentencia de la Sala Segunda de 5 de marzo 2020 se resuelve, ya se ha mencionado en el cuerpo del escrito (epígrafe 2.1) una cuestión prejudicial planteada por otro Tribunal checo y se afirma que es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario (apdo. 21) y que los EEMM lleven el control de dichos comportamientos (apdos. 26), estableciendo las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (apdo. 47). La Ley checa núm. 257/2016, de crédito al consumo, establece en su art. 87 la nulidad del contrato solo invocable a instancia del consumidor cuando se incumpla la obligación de evaluar la solvencia del deudor por parte del prestamista.

crédito al consumo (cita los CDOs. 7 y 9 Directiva 2008/48), está justificado no solo que se pierdan intereses remuneratorios (interpretada así la norma checa) sino que se cobre para que dicha evaluación se realice eficazmente.

A nuestra opinión relativa a que en la Sentencia Caixabank el TJUE no está siendo coherente, se nos podría contrargumentar que esa sanción civil es la que provoca que el TJUE, en coherencia, considere que la obligación incumplida es principal, o al menos, que es muy «importante». Esta sanción legal prevista en dicho EM es una forma de darle potencia a la obligación precontractual de investigar la solvencia del deudor a quien se le presta porque si incumplida, puede llevar a la pérdida de los intereses de la remuneración incluso si el contrato ya fue ejecutado. En definitiva, que en estas sentencias lo que determina pasar de «simple» relación a relación «directa» con la obligación principal es la sanción contractual que el Derecho nacional puede legítimamente prever para el caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor antes de la celebración del contrato por el prestamista, pues es cuando da en su médula y puede modularla. Por tanto, que aunque parece, porque quita a nuestro TS la razón de que la comisión de apertura es elemento esencial del contrato, que el TJUE no valora la obligación que encierra de que el prestamista debe cobrar porque está obligado a realizar cuantas actividades sean necesarias para llevar a cabo una correcta evaluación de la solvencia del deudor antes de la concesión de préstamo responsable⁴⁶, no es así; que para que se

⁴⁶ Actividades que se describen de forma no exhaustiva desde la Orden de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE, 112, 11 mayo 1994). (Anexo II, apdo. 4) y cuyo testigo recogen primero, el art. 5.2.b. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/03/31/2/con>, (en adelante, Ley 2/2009) y después, el art. 14.4 Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante, LCCI), con objeto de dar por cumplida la obligación principal que pesa sobre el prestamista de evaluar «en profundidad» la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar el contrato de préstamo (ex. art. 11.1 LCCI), en definitiva, para conceder un préstamo de forma responsable.

^{Se reforma el art. 5.2. b) por la disposición final 9. Dos de la Ley 5/2019, 15 de marzo (LCCI), pues como ella misma expresa (Preámbulo V), la disposición final novena adapta el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, a las previsiones de esta Ley, evitando solapamientos normativos y clarificando el régimen jurídico aplicable a cada situación, ya que el ámbito de aplicación de la LCCI abarca también a la intermediación para la concesión bien de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial [art. 2.1.a)] o bien de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos construidos o por construir [art. 2.1.b)].}

pueda ubicar dicha obligación dentro del art. 4.2 Directiva 93/13, es necesario haber previsto una sanción grave como la nulidad del contrato a su trasposición de la Directiva por el Estado Miembro, en el caso visto, de crédito al consumo. Y efectivamente, puede pues que el hecho de que nuestro legislador ni en sede de contratos de crédito al consumo (ex. art. 34 Ley 16/2021, 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁴⁷) ni en el de créditos inmobiliarios haya previsto sanción civil contractual alguna sino sanciones disciplinarias para el caso de su incumplimiento [en el caso de crédito al consumo se considera una infracción grave llegando a ser conceptualizada como muy grave (art. 34.2)], sea lo que haya provocado, junto con el efecto distorsionador del que ya hemos hablado y hablaremos, la conclusión del TJUE de que en nuestro Derecho la comisión de apertura mantiene una simple relación con la obligación principal del contrato, y, por tanto que es coherente cuando afirma que no le sirven otros argumentos que esgrime el TS para finalmente considerarla al mismo nivel que la remuneración del capital prestado⁴⁸.

Sin embargo, pensemos que el TJUE va más allá de lo que la sanción checa prevé y que el Derecho europeo debe ser coherente con estas resoluciones y no desarmonizar el nivel de protección a alcanzar en el mercado contradiciendo la opinión del TS relativa a que, para nuestra legislación la obligación de investigar la solvencia del futuro cliente es más importante que otros gastos y se materializa con la

^{En} efecto, la concesión del préstamo responsable, aspecto fundamental en el que se basa prácticamente la normativa de transparencia al que responde la definición legal de esta comisión y que se mantiene incólume desde el Anexo II, apdo. 4 de la Orden de 5 mayo 1994, engloba la totalidad de los gastos inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, como los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo que menciona expresamente; y en el caso particular de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

⁴⁷ En la Exp. De Motivos de la norma (II) se destaca que la Directiva impone una armonización total, de forma que los EEMM no pueden introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea. <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/06/24/16/con>

⁴⁸ Dos razones fueron ya explicadas por el TS: primero, que si finalmente se deniega el crédito, se podrían igualmente cobrar se cobren o no se cobren, aquellas acciones relacionadas con la investigación de la solvencia del potencial cliente; por lo que técnicamente **no es obligación accesoria**; no muere con la extinción de la obligación principal; y segundo, a diferencia de los demás gastos, es una obligación **necesaria** para ganar la **transparencia profunda** a la que se aspira para la no afectación del mercado; **la evaluación de la solvencia del prestatario**, se constituye en una **obligación imperativa y previa** a la actividad principal de la entidad de prestar la cantidad del préstamo.

posibilidad de cobrarse de forma separada y de una vez⁴⁹. No puede considerarse que la cláusula comisión de apertura no encierra más que una obligación simple y no tiene relación directa con la obligación principal porque el EM cuyo órgano judicial remitente pregunta no haya previsto una sanción determinada o concreta. En definitiva, no puede ser importante en el Derecho checo que prevé la sanción civil por incumplimiento de la obligación de investigar la solvencia del futuro cliente y no serlo en el Derecho español cuando se permite por nuestro legislador cobrar de forma independiente dicha obligación. Así no se logra la armonía del mercado, sino que se acrecientan las diferencias. Desde nuestro punto de vista, debería haber tratado de igual forma al Derecho español, debería haberse elevado y no dar una solución distinta porque sería razonable pensar que, aunque no se prevean expresamente en la norma imperativa los efectos civiles de la infracción, el juez (en nuestro caso, el TS), pueda declarar razonablemente que es por su finalidad, al menos, una obligación es importante⁵⁰.

Dicho esto, nos preguntamos ahora qué pasará cuando deba contestar a la cuestión de decisión prejudicial planteada por Auto de 31 de enero 2024⁵¹ por el titular del JPI núm. 1 de Fuenlabrada respecto a un crédito 'revolving' sobre si el Derecho español se opondría a la Directiva 2008/48 cuando ante el incumplimiento de evaluar la solvencia de un cliente⁵² no prevé sino sanciones administrativas pero puede conllevar sanciones civiles como la nulidad del crédito y la pérdida de los intereses pactados, esto es, sanciones civiles que según interpretación del magistrado, son previstas en el Derecho europeo ante el incumplimiento gracias a la interpretación de la jurisprudencia europea (cita el apdo. 64⁵³ de la STJUE de 10 de junio 2021, Úl-

⁴⁹ Señalar que, si la obligación de evaluar la solvencia del futuro usuario del préstamo que el legislador la señala con **un anuncio independiente** de otras cláusulas o gastos, es porque aún su descripción difusa, son acciones imprescindibles (FD-TERCERO-18. STS 44/2019) o «inherentes» (apdo. 20 Auto TS que analizamos) y obligadas antes de poner a disposición del usuario el dinero objeto del préstamo.

⁵⁰ Nos inspiramos en el art. II.-7:302: Contratos que infringen normas imperativas, DCFR.

⁵¹ ROJ: AJPI 2/2024 - ECLI:ES:JPI:2024:2ª.

⁵² En el 7. del Auto se lee: «7. Bankinter Consumer Finance tampoco demuestra haber evaluado previamente la solvencia de Enma, al menos con una mínima profundidad, ni en absoluto con posterioridad. En el contrato solo consta, en resumen, que Enma es pensionista y cobra una pensión por invalidez de 468 €, está casada en separación de bienes, tiene una única vivienda en propiedad y dos tarjetas de débito/crédito adicionales».

⁵³ Dice el apdo. 64: «...interpretamos que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe aparejar **sanciones civiles**. «[P]ara que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas

timo Portfolio Investment, C-303/2020⁵⁴ que, a su vez y como hemos apuntado, utiliza la Sentencia Narokuj/EC Financial Services 2024 y la jurisprudencia que cita en su apdo. 32), que estima que para que una sanción sea efectiva y disuasoria es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas de las infracciones que cometieron⁵⁵.

Pero bueno, aceptamos, ya lo hemos dicho, estamos por ahora ante una obligación que mantiene una relación simple y no directa con la obligación principal.

Ahora bien, dicho esto, lo que sí se puede extraer de esta posición del TJUE es que la obligación de evaluación de la solvencia del prestatario imperativa y previa a la actividad principal de la entidad de prestar crédito, encerrada en la cláusula comisión de apertura, no es una prestación más; tiene su peso específico en el Derecho de la Unión relativo a la concesión de créditos responsables. De esta forma podríamos concluir que no puede ser parangonable a cualquier otro gasto que emerja con ocasión del contrato de préstamo y así, que necesita un tratamiento diferenciado. Es un elemento «importante», calificativo cuyo origen explicamos a continuación.

2.2. Es «importante» en el análisis de los criterios del TJUE para evaluar los controles de transparencia y abusividad

El hecho de que para el TJUE en la misma Sentencia Caixabank 2023 la comisión de apertura puede llegar a ser conceptuada como un elemento «importante» (apdos. 27 y 46), a través del análisis del último criterio que el TS apunta al TJUE para comprobar el cumplimiento de la transparencia extensiva de la cláusula; a saber, la circunstancia de su redacción, su ubicación y su estructura (apdo. 46); pues

derivadas de las infracciones que cometieron [...]. Por último, y sobre todo, tal sanción no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva».

⁵⁴ C-303/2020, EU:C:2021:479.

⁵⁵ En efecto, la contestación a la pregunta decisiva que plantea CUENA CASAS, Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia, Hay Derecho, Blog Civil, 31 de enero de 2024, *¿qué sucede cuando el prestamista no cumple con su obligación o dando el test de solvencia negativo concede a pesar de ello el préstamo?*, proviene de la jurisprudencia ya que a juicio de dicha doctrina no hay normativa europea que imponga sanciones civiles por la alta presión que ejercen los prestamistas en España, diferenciándose de la mayoría de los países del espacio europeo que han establecido sanciones contractuales.

es ese el calificativo que recibe la comisión de apertura por el TJUE cuando analiza en la segunda cuestión prejudicial este último criterio que menciona el TS de los cinco que nacen de la doctrina sentada en su Sentencia 44/2019 y son: el conocimiento generalizado de la cláusula por los consumidores, la información obligatoria que la entidad debe ofrecer al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias y la especial atención que le presta a dicha cláusula el consumidor medio. Sin duda, para el Tribunal de Luxemburgo si bien la comisión de apertura no es gasto derivado de la prestación esencial de poner a disposición del consumidor el préstamo, sin embargo, es algo más que cualquier otro gasto que no pueda considerarse esencial porque ese criterio puede llegar a evidenciarlo; criterio que, por otra parte, ya lo había señalado nuestro TS en su Sentencia 44/2019 (FD-QUINTO-6.-).

No podremos estar más de acuerdo porque será éste, el del cómo se transmita la información obligatoria para el prestamista del funcionamiento de la cláusula dentro del contrato, el que propiciará que la cláusula sea entendida por el consumidor como suficientemente importante para aceptar o no el contrato (este criterio será desarrollado en el siguiente epígrafe).

2.3. Antiguos argumentos: la individual llamada de atención del consumidor medio, no siempre causa desequilibrio importante entre las partes, el denunciado efecto distorsionador y otras posibles incoherencias en las resoluciones del TJUE en la materia

Finalmente, no debemos de olvidar otros argumentos que apoyan nuestra idea de que la comisión de apertura no es un gasto más en el préstamo hipotecario, aunque hayan sido relativizados hasta el punto de no influir en su calificación como elemento esencial del contrato y que son, a pesar de ello, objeto de atención por el TJUE en la Sentencia Caixabank 2023 objeto de nuestro comentario.

Así, el hecho de que constituye una cantidad substancial y apreciable por el consumidor medio. En efecto, ya veremos que el TJUE considera que como la **cantidad** en que consiste la comisión de apertura es «**sustancial**» (apdo. 44) y **de pago íntegro** o de una sola vez forma parte de los criterios para evaluar la transparencia «extensiva», el TJUE en esta Sentencia Caixabank 2023; porque llamará la atención al consumidor medio normalmente informado y razonablemen-

te atento y perspicaz que es otro de los criterios que se ratifican por el TJUE para comprobar la transparencia extensiva de la cláusula.

Por otra parte, hay que recordar que no siempre causa desequilibrio importante entre las partes. El propio TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial del TS relativa a si su jurisprudencia o **su doctrina** que considera que la cláusula comisión de apertura que estipula el pago por los servicios que enumera la disposición nacional no causa desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes o se opone al art. 3.1 Directiva 93/13, diciendo no que en todo caso fuera **contraria a la Directiva**, sino que **solo lo sería si no se permitiera «en ningún caso» un «control efectivo»** de la misma por el «mero hecho» de que sean acciones las llevadas a cabo por el prestamista que tengan relación con la concesión del préstamo (apdos. 60 y 61); por lo que podría mantenerse que esos servicios, como acciones necesarias para la concesión del préstamo responsable pertenecen a una obligación si no sustancial del contrato de préstamo, sí importante.

Además es muy importante mencionar que si bien **no ha habido respuesta** alguna por parte del TJUE ni respecto al denunciado por el TS **«efecto distorsionador»⁵⁶** que provocó las declaraciones recogidas

⁵⁶ En este punto compartíamos BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257, la opinión del TS, de los órganos jurisdiccionales como la Sentencia AP-Madrid Secc. 28, de 18 de septiembre 2020, (ECLI:ES: APM:2020:9834, FD QUINTO.2. romanos IV y V, que seguían la doctrina del TS respecto a considerar que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato por el efecto distorsionante en el que podría haber caído el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020; y que solvente doctrina como el profesor PANTALEÓN PRIETO, «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)», blog. El Almacén De Derecho, 14 septiembre 2020, pregunta ¿Contradican esos pronunciamientos lo que he sostenido en el apartado anterior?, considera se produce no solo porque el juez remitente de la cuestión prejudicial (Auto de 12 de marzo 2019, C-224/19 del JPI núm. 17 Palma de Mallorca a la que se le acumula el Auto de 13 de marzo del JPII de Ceuta), silencia el art. 5.2.b) Ley 2/2009 sino porque el propio TJUE no tuvo en cuenta que en la propia STS de Pleno de 23 de noviembre 2019 ya le indicaba este precepto en el FD-Tercero, al final del apdo. 17 Ley 2/2009, que como colofón de los apdos. 14-16 se iniciaba dando la razón al Juez de Primera Instancia cuando afirmó «la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere a la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio». Anunciamos también, ahora sí, influenciados por lo sostenido en la Sentencia 437/2020 de la 28 AP- Madrid, que no había que considerar que se había producido después de la Sentencia Caixabank 2020, un antes y un después respecto a catalogar como accesorio a la comisión de apertura; que el TS ya había afirmado que su inclusión en el precio del préstamo no representaba contradicción alguna con la propia jurisprudencia del TJUE porque ya el Abogado General Hogan en sus

en los apartados 78 y 79 de la Sentencia Caixabank 2020 (apdo. 11) ni respecto a la tensión de estos dos apartados y el apdo. 55 de la Sentencia Kiss y CIB Bank 2019 (apdo. 54), sin embargo, de alguna forma, **sí ha habido reconocimiento de la base que sostiene su respuesta en el apdo. 78: que el órgano remitente tiene que apreciar la cláusula en última instancia.**

No es respuesta efectivamente que el TJUE se limite a reconocer en el apdo. 55 que lo expresado en el apdo. 78 de la Sentencia Caixabank 2020 se basa en la legislación meramente indicada de la Ley 2/2019 (art. 5.2.b.) por uno de los órganos jurisdiccionales remitentes de la cuestión prejudicial y que la aplicó sin más, cuando ahora reconoce que el TS ya le ha desvelado que realmente fue informado parcialmente (apdo. 53); no se entiende que insista sin más en la misma respuesta si ahora le informa el TS de todo el contenido de lo que dicha norma expresaba y no de forma parcial. Pero la verdad es que, por otra parte, reconoce que la decisión del año 2020 corresponde al Derecho dado y no al que realmente era y es.

Podría haber reinterpretado su interpretación de que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar los requisitos que exigía la Ley 2/2009, (la acreditación de los servicios habidos y repercutidos al consumidor), causaría un desequilibrio importante en la posición jurídica del consumidor. Pero no, el TJUE copia literalmente en su apdo. 56 el apdo. 78. Ahora bien, al hacerlo, con dicho autoplagio, también arropa nuestro argumento respecto a que el apdo. 78 no obligaba a considerar siempre a la comisión de apertura como un gasto accesorio del contrato; la forma verbal utilizada («podría») y que era el órgano nacional el que debía comprobar si se cumplían o no dichos requisitos (textualmente: «sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato»), dejaba en manos del juez remitente la cuestión. Claro está que, como dijimos más arriba, el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020 partía (apdo. 76) de su propia doctrina relativa a que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar la cláusula a la luz de los criterios señalados de su naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y demás circunstancias y cláusulas que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas de otro contrato del que dependa (apdo. 77 y ex. art. 4.1 Directiva 93/13); debe ser coherente con su postura de inicio

Conclusiones de 15 de mayo 2019, en el Asunto 621/17 que da lugar a la STJUE Kiss/CIB Bank 2019 (apdos. 37 y 38), reconocía que cuando a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo (III-párr.8).

que ha sido comentada líneas arriba e insistirá en ella: incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la cláusula constituye elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato, así como a su contexto jurídico y fáctico (apdo. 63⁵⁷). Por lo dicho, debería no haber sido categórico en la siguiente Sentencia Caixabank 2023 y considerar que, si ya el TS había considerado con dichos criterios que la comisión de apertura era un elemento esencial del contrato, que no debería él interpretar otra cosa.

Finalmente, como podemos ver, el TJUE en esta Sentencia Caixa-bank 2023 tampoco contesta directamente a la tensión que observa el TS entre los apdos. 78 y 79 Sentencia Caixabank 2020 y el apdo. 55 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019, anterior a ésta. Al contrario, utiliza dicho apdo. 55 de forma literal (apdo. 58) para declarar que por principio no causa desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes una cláusula cuya remuneración es posible conforme a la normativa vigente por los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de un préstamo o crédito hipotecario, (lo vemos luego), a condición de que se realice un control efectivo por el juez competente empleando los criterios que emanan de su pluma (apdo. 61). Pero es que lo que sostiene esta declaración, en sus apdos. 58 a 60 (seguimos con la Sentencia Caixabank 2023), es que dicho control no sería efectivo si existe una jurisprudencia nacional que exime al juez en cualquier asunto entrar no solo en la valoración de si los servicios «inherentes» de verdad pertenecen al marco de gestión y concesión del préstamo sino en la valoración de si los importes que debe abonar por dichos servicios son desmesurados o desproporcionados en relación con el importe del préstamo, por el mero hecho de que se prevea así en la regulación nacional, como es el caso de la comisión de apertura.

Por lo dicho, podemos afirmar que estamos ante la misma tensión que pone a cuestión el TS en su Auto como la que nosotros veíamos entre el art. 78 y la Declaración 3 de la Sentencia Caixabank 2020. Es una contradicción in terminis de la propia declaración tanto del apdo. 55 como del apdos. 58 y 59 de la Sentencia Caixabank 2023, porque aparte de que es en todo caso más fácil fijar un precio equilibrado o, como se ha dicho, ubicado dentro de la horquilla señalada por el TS y no entrar en si se cobra por uno, dos o varios servicios y compararlo con el importe del préstamo que identificar cuantas acciones se hayan llevado a cabo gestionando la concesión del préstamo, la diferencia

⁵⁷ Alude al apdo. 33 Sentencia Kiss/CIB Bank 2017.

entre el apdo. 55 y los apdos. 58 a 60 es que ya el TJUE en el apdo. 61 habla de «tramitación singularizada» (que tendrá, luego lo vemos, suma importancia), y solo habla de que el juez habrá de realizar el control efectivo comprobando en la posición jurídica de las partes, los servicios y no de los importes pagados por dichos servicios.

Finalmente, y con objeto de acabar nuestros argumentos, ponemos de manifiesto el hecho de que el TJUE **actúa de forma incoherente respecto de los argumentos** empleados en otros casos para considerar que la cláusula es o no accesoria. Por ejemplo, a diferencia de con la cláusula que estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera que fue declarada accesoria y no principal porque el prestamista no realiza ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 58 y 59. 2º); porque en el caso de la cláusula comisión de apertura el prestamista debe de realizar cuanto menos los servicios que se enumeran o indican de forma difusa en la legislación, porque dependen de él; no depende, como en el caso de esta cláusula de otros factores económicos; por ello, podrían presuponerse dichas actividades y ser tildada la cláusula de esencial o al menos de no accesoria sin más. En el caso de la cláusula comisión de apertura el prestamista debe de realizar cuanto menos los servicios que se enumeran o indican de forma difusa incluso en la legislación con el término «inherentes», porque depende de él; no dependen, como en el caso de esta cláusula de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 de otros factores económicos; por ello, en nuestra opinión, podrían presuponerse dichas actividades y ser calificada de esencial, aunque las realicen otros en su nombre⁵⁸.

Pese a los argumentos destacados por nuestra parte, lo cierto es que con la toma de postura del TJUE en esta Sentencia CaixaBank 2023, si el TS ha aceptado que la comisión de apertura no es elemento esencial, aunque sea «importante», su ubicación es estar entre los elementos accesorios del contrato; necesita ser validada para que no se oponga a la protección que quiere brindar la Directiva 93/13, y, por tanto, tiene que pasar siempre tanto por el control de transparen-

⁵⁸ Nos parece en este punto interesante lo afirmado por la SAP-GI de 15 de febrero 2023 de que se distingan los servicios prestados o realizados a favor del cliente y no en interés de la entidad financiera; porque afirma que en múltiples resoluciones los gastos y servicios que se dicen prestados a favor del cliente en realidad no son sino los ya realizados por el cliente o los que benefician al prestamista y que son cobrados con los intereses del préstamo o son simples gastos que entran en el decurso normal del proceso de contratación; por ello, considera que para que el importe de la comisión no sea abusivo debe de justificarse aunque sea de forma aproximada (FD-CUARTO).

cia «extensiva» como por el control de abusividad. Y es ahí, donde discrepamos. Si es, como hemos argumentado algo distinto de los elementos accesorios del contrato, la comisión de apertura no tendrá siempre que pasar por los dos filtros de control o de la misma manera. Lo vemos.

3. REAFIRMADOS 4 DE LOS 5 CRITERIOS DE LA STS 44/2019 PARA ENJUICIAR LA TRANSPARENCIA «EXTENSIVA» DE LA COMISIÓN DE APERTURA

Con la STJUE de 16 de marzo 2023 podemos afirmar que quedan confirmados cuatro de los cinco criterios que el TS indica en su segunda cuestión prejudicial para que se pudiera valorar el carácter claro y comprensible de la comisión de apertura, eso sí, como apuntamos más arriba, considerando (el TS) que esta cláusula contenía un elemento esencial del contrato y, por tanto, podía ubicarse en el 4.2 Directiva 93/13.

Sabíamos que la transparencia «extensiva» que exige la Directiva 93/13 es predicable tanto para elementos esenciales como para los elementos accesorios del contrato de condiciones generales impuestas por una de las partes; los arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13 exigen el mismo tipo de comprensión ex. apdo. 28⁵⁹). Así, cuando el TJUE aborda la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS cambia la redacción y en vez de analizar si los criterios utilizados por el TS para enjuiciar el carácter claro y comprensible de la cláusula comisión de apertura se oponen al art. 4.2 Directiva 93/13, los remite al art. 5 Directiva (apdos. 29 y 32), afirmando, con apoyo del apdo. 36 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019, que el alcance de la transparencia extensiva es la misma.

Entonces, ¿hay algún avance en este campo? Creemos que el avance se produce en dos aspectos:

⁵⁹ Vid. BENDITO CAÑIZARES, La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto de Tribunal Supremo de 10 de septiembre 2021, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, epígrafe I intitulado ¿Precios y gastos para la concesión del préstamos hipotecario como elementos sometidos a la misma transparencia «extensiva» y a diferente juicio de abusividad?, donde señalamos el desarrollo del apdo. 43 de la STJUE de 21 de marzo de 2013/ RWE Vertrieb AG y Verbraucherzentrale Nordreih-Welsfalen eV o posibilidad real para el consumidor de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato, por la Sentencia de 30 de abril 2014, Kásler/Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank ZRt; pues en donde se acuña el término de «trasparencia extensiva» y se explica como aquella que exige la comprensión no solo al plano formal y gramatical (apdo. 71) sino que le permita al consumidor apreciar sus consecuencias.

Primero, porque el TJUE analiza los cinco criterios que el TS utiliza en su Sentencia 44/2019 (FD-CUARTO-6) para el enjuiciamiento de dicha transparencia en una cláusula comisión de apertura (que considera, lo repetimos una vez más, elemento esencial del contrato), y lo que hace es no solo confirmar que sea cual sea el elemento del contrato, es absolutamente necesaria la comprensión real de la «carga económica» (apdos. 39, 46 y 47) de lo que supone para el usuario dicha cláusula; dice con apoyo del apdo. 67 de STJUE Caixabank 16 julio 2020 y la jurisprudencia que ésta cita, que el contrato debe de exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula y su relación con otras cláusulas para que el consumidor pueda evaluar las «consecuencias económicas» que se deriven de él (apdos. 31 y 39) que no «jurídicas», lo que, a nuestro juicio, es un avance en cuanto clarifica qué se puede esperar del examen de esta transparencia material porque el aspecto jurídico de la cláusula lo deja para su análisis en el juicio de abusividad y sabemos por anteriores sentencias, como la cláusula suelo (STS 241/213, de 9 de mayo 2013⁶⁰), que estos dos aspectos, el económico y el jurídico, quedaban de alguna manera analizados en la fase de análisis de la transparencia extensiva o control de transparencia.

En efecto, el verdadero avance se produce en el apdo. 31 según el cual el consumidor debe quedar informado de las «condiciones económicas» que se deriven del contrato porque se haya expuesto de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trata e incluso de éste y el previsto para otras cláusulas. Como hemos destacado, habla de «consecuencias económicas» citando la Sentencia Caixabank 2020, la cual cita a su vez el apdo. 67 de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 (apuntamos de ella los apdos. 73, 75 y 86:2 y 4) y comprobamos que a esas condiciones o consecuencias económicas se refiere en toda la saga de sentencias posteriores (apdo. 37, Kiss 2019 y apdo. 43 Gómez del Moral 2020). Lo señalamos porque cuando el TS aborda el análisis de la transparencia de la cláusula suelo, la realidad es que constantemente⁶¹

⁶⁰ Asunto Ausbanc Consumo versus Banco Bilbao Vizcaya y otros. ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁶¹ Por ejemplo, en la STS 166/21, de 23 de marzo, vuelve a repetirlo y eso que es una resolución que ya es posterior a la STJUE Kásler/Káslerné Rabai 2014 (dice: «El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula» (FD QUINTO 1-2°), y que parece conocer

está aludiendo a que la cláusula es válida si transparenta lo suficiente como para que el usuario del préstamo hipotecario comprenda realmente tanto a la carga económica como a la jurídica que asume tras la aceptación del contrato⁶². Define en su apdo. 210, la primera carga

que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (cita sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13 , Kásler/Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei/SC Volksbank 2015 y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove) cuando habla del control de transparencia se refiere a las consecuencias económicas (FD QUINTO 1-1^o). Sirve esta sentencia del TS para resumir las sentencias que él mismo había declarado abusivas: (a) las que estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; (b) las que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés; o bien, y (c) las que se concedan en una o varias divisas [FD QUINTO 6. (ii)]. Cláusulas que por supuesto no son las que analizaba en la resolución. Así, no declara abusiva la que combina interés fijo y variable, con la finalidad de que el pago mensual se realice mediante una cantidad fija, incrementada únicamente en un porcentaje anual (FD CUARTO 4.- 3^o) perteneciente a un préstamo denominado «hipoteca de tranquilidad» (FD PRIMERO 1). La reciente STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, Ponente: JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143), (FD SEGUNDO2.- 2^o), no distingue entre consecuencias económicas y jurídicas en el análisis de la transparencia material. Aunque en su núm. 3 parece distinguir las porque afirma que «3.- En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones contenida en la estipulación segunda del acuerdo, sería nula conforme a la jurisprudencia de aplicación. El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado.

⁶⁰ Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 63/2021, de 9 de febrero), «la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)».

⁶² Tras esta Sentencia, la verdad es que la doctrina nos habituamos a considerar que en la fase de si se realizó con éxito la transparencia forzada de la cláusula había que comprobar la comprensibilidad de ambas cargas; lo habitual era no distinguir en qué fase se podían analizar dichas cargas económicas y jurídicas. Vid. por ejemplo en el comentario a la sentencia que hace VALERO FERNÁNDEZ- REYES, *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* (1916/2013), Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, en Comentarios al BOE, epígrafe 5.10 b) *La acreditación de la existencia de una comprensión real por el prestatario de la transcendencia jurídica y económica de la cláusula suelo*. La sentencia de 9 de mayo 2013 es nombrada en estos comentarios con el número 1916/2013 pero nosotros preferimos llamarla por el número de sentencia y por tanto empleamos 241/2013.

como la onerosidad o el sacrificio patrimonial como contrapartida de la prestación económica que se quiere obtener y la carga jurídica como la posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, así como la asignación o distribución de riesgos en la ejecución o desarrollo de este⁶³. Las consecuencias jurídicas tienen que ver con la posición jurídica de inferioridad que tendría el usuario del crédito, por ejemplo, renunciando a entablar acciones sobre la cláusula suelo. Sólo se admite la renuncia a entablar acciones futuras -dice el TS en la Sentencia en la Sentencia 558/2021, de 22 de julio (FD-Segundo.5.)⁶⁴, citando sus propias sentencias 580 y 581 de 2020⁶⁵, de 5 de noviembre e incluso la STJUE de 9 de julio 2020-, si estamos en cláusulas negociadas individualmente (FD SEGUNDO 2 y 3). La renuncia es justo lo que como veremos será uno de los criterios que deberá considerar el órgano remitente para valorar si hay desequilibrio grave entre las partes y, por tanto, en la fase del enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula comisión de apertura que analizamos después y no en ésta de la transparencia material.

El segundo avance que encontramos en esta STJUE CaixaBank 2023 es que no solo analiza los cinco criterios solicitados por el TS, sino que, por una parte, pondera el valor de cada uno llegando considerar de importancia fundamental el hecho de que la entidad financiera haya transmitido al potencial prestatario la información obligatoria que deba dar conforme a la normativa nacional (apdo. 40) y, por otra, rechaza el criterio relativo al conocimiento generalizado de la cláusula comisión de apertura entre los consumidores de este tipo de contratos de préstamo (apdo. 41) que no es sino la notoriedad de la cláusula. ¿Para qué era necesario este análisis de los criterios que ya desde 2019 el TS venía aplicando?

Porque aun ubicando en el art. 5 Directiva 93/13 la cláusula comisión de apertura, aunque no supone cambio de exigencia en la transparencia «extensiva», sí que significa para el TJUE (y ahí está el avance real de haber pasado por su examen esta cuestión prejudicial), que, aunque no es obligación del prestatario precisar la naturaleza de los servicios que forman parte de la comisión de apertura, sí es necesario que la naturaleza de los mismos pueda razonablemente entenderse

⁶³ BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, epígrafe II. Transparencia reforzada sin excusas: qué hay que hacer para comprender y cómo y cuándo hacerlo comprender.

⁶⁴ Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO; ROJ: STS 3057/2021; ECLI:ES:TS:2021:3057

⁶⁵ La reciente STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, Ponente: JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143),

o «deducirse» del clausulado del contrato, a través de la mayoría de los criterios que le han sido señalados por el TS (apdo. 32); porque de lo que se trata (apdo. 69), ya lo dijo en la Sentencia Caixabank 16 julio 2020 (apdo. 70), y el juez debe de comprobar si la entidad comunicó al consumidor elementos suficientes para que adquiriese conocimiento del funcionamiento de la cláusula y su función dentro del contrato; en definitiva, los motivos que justifican dicho gasto o retribución (apdo. 35); ya que como advierte el TS no se desprende de su Sentencia Caixabank 16 de julio 2020, que una comisión de apertura que cumpla con la normativa vigente no pueda ser «intransparente», es decir que automáticamente cumpla con la transparencia ni del art. 4.2 ni del art. 5 de la Directiva 93/13 (apdos. 36, 37 y 38).

Pasando ya al comentario de los criterios que deben ser considerados a juicio del TS para valorar si la cláusula cumple con la transparencia extensiva, podemos afirmar que no hay mucho desarrollo por parte del TJUE, teniendo en cuenta que es la primera vez que se plantean en prejudicial. Resumidamente diremos que menos el atinente a la información obligatoria que conforme a la normativa nacional deban hacer las entidades bancarias de la cláusula de apertura a través de las fichas normalizadas (criterio segundo), el resto de los criterios son más convalidados que argumentados.

En efecto, distinguiéndolo del «modo en que está redactada esa cláusula en el contrato concreto», el TJUE, no confía para valorar el carácter comprensible y claro de la misma, y por ello lo descarta aunque sin argumentación, el **conocimiento generalizado entre los consumidores de dicha cláusula, primer criterio** (apdo. 41); considera, en cambio, «pertinente» y de importancia «fundamental» que se valore **la información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas o segundo criterio** (apdo. 42), porque «principalmente», de dicha información se nutre para decidir si desea quedar o no vinculado contractualmente a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (cita los apdos. 74 y 70 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 y 44 Sentencia Kiss y Cib Bank 2019).

Es lógico que el TJUE no haya hecho mayor comentario acerca de la información obligatoria realizada través de las fichas normalizadas [FEIN y FIAE, ex. art. 15.2c)⁶⁶], las cuales se incorporan desde el 2019

⁶⁶ La Disposición transitoria cuarta LCCI dejó hasta el 21 de marzo de 2019 que los prestamistas pudieran utilizar la Ficha de Información Personalizada prevista en el artículo 22 y el Anexo II y la Ficha de Información Precontractual prevista

en la LCCI como la forma más clara y contundente de evitar la incomprensión de cualquier extremo del contrato; fichas que llegan a nuestra normativa en el mismo momento que la Sentencia del TS 44/2019 y que con toda la razón han sido citadas por el TS en su cuestión prejudicial. Pero, claro está, concibe a la comisión de apertura como elemento no esencial del contrato y por ello le vale con que a través de estas se pueda «deducir» la naturaleza de las acciones obligadas por nuestra normativa.

Pero, para nosotros que consideramos que la comisión es elemento «importante» en el contrato, creemos que a través de esas fichas uniformes se puede optar por guiar a la prestamista para no solo la descripción de las acciones que permitan al prestatario «deducir» su naturaleza sino informar con una descripción de detalle de cada una de las acciones realizadas, relatando su duración, número, tipo y coste. ¿Para qué?

Para que se considerarse que la transparencia «extensiva» exigida para decir que es válida la cláusula, sea además calificada de «avanzada» y no necesite de control alguno posterior o juicio de abusividad. Una cosa es «deducir» la naturaleza de los servicios prestados y otra es indicar cuáles en concreto se han realizado.

Pero volvamos a la realidad: como no es así porque estamos ante un elemento accesorio del contrato, por lo menos si se uniformara en dichas fichas cómo realizar el detalle de las acciones o servicios, ello faci-

en el art. 21 y en el Anexo I de dicha Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en lugar de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) prevista en su art. 10.2 y Anexo I.

^oAdemás de la información precontractual que pudiera realizarse a través de la ficha FEIN, la propia LCCI en su Disposición final duodécima, modifica el art. 5 de *la Ley 10/2014, de 26 de junio, de*

ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, sobre Protección del cliente de entidades de crédito y permite que el Ministerio de Economía y Empresa, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, y de los de préstamo objeto de dicha Ley, que pueda dictar disposiciones sobre información precontractual, la transparencia de comercialización de servicios o productos bancarios y en especial la de préstamos o créditos, donde pueden sus futuras normas insobrepasar a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración; c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.

litaría a nuestros órganos judiciales, apreciar lo mismo de cada acción aunque sea en el juicio de abusividad y quizás, se podría, como de facto está pasando cuando se utiliza por ellos el 2º criterio detallado para enjuiciar el comportamiento leal y equitativo de la prestamista, pensar en parar en la fase primera de dicho juicio y no pasar a un temido control de precios apuntado, aunque con «cautela» por el TS, en la segunda fase de dicho juicio de abusividad cuando no haya principalmente «renuncia» a derechos por el prestatario (lo veremos en el epígrafe 4).

La publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato o tercer criterio se justifica citando sin más el apdo. 74 Sentencia de 30 de abril de 2014 Kásler/Káslerné Rabai y el apdo. 44 Sentencia de 3 de octubre 2019 Kiss y CIB Bank (apdo. 43); y de la misma forma, pero remitiendo a la Sentencia CaixaBank 16 julio 2020 en su apdo. 68, entiende que «puede» tomarse en consideración, pero no como criterio «definitivo» **la especial atención que presta el consumidor medio**, a la cláusula o **4º criterio** por ser una partida del precio que precisamente estipula un pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito. Entendemos que así lo considere porque en definitiva no entiende que la comisión de apertura sea objeto principal del contrato y menos al mismo nivel que la retribución de la amortización correspondiente (apdo. 44). Sin embargo, ya dijimos que éste podría ser un buen argumento para sostener que la Comisión de apertura es algo más que cualquier elemento accesorio del contrato, que el TJUE consideraba que ser una «cantidad sustancial», es criterio para valorar para decidir si razonablemente es transparente o no para el consumidor.

Finalmente, del criterio 5º relativo a **la redacción, ubicación y estructura de la cláusula**, el TJUE afirma que dichos elementos permiten constatar si la comisión de apertura es un elemento «importante» del contrato posibilitando al prestatario evaluar las consecuencias económicas (apdo. 46). No argumenta nada más y no hace falta, porque este criterio es imprescindible para que el segundo (apdo. 42), funcione; no puede haber comprensibilidad real y efectiva del funcionamiento de la cláusula por el potencial prestatario si la información obligatoria o la individual dada por la entidad al prestatario en el contexto negocial, se redacta confusamente, se ubica en lugar escondido y no se expresa ordenadamente; digamos que es su vehículo si se quiere llamar la atención del prestatario de que la comisión de apertura es algo «importante»; el «cómo» se transmiten dichas informaciones se constituye tan importante como el «qué» o la propia información. Por otra parte, se alinea dicho 5º criterio al más conocido de que el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre

los gastos y servicios que se retribuyen [apdo. 32] cuando el TJUE insiste citando el apdo. 43 Sentencia de 3 de octubre 2019, Asunto C-621/17, Kiss y CIB Bank, (en adelante, Kiss/CIB Bank 2019); al fin y al cabo, desde la STS de 9 de mayo 2014, 241/2013 (214 y 225.e)⁶⁷ relativa a las cláusulas suelo, se entiende que ese solapamiento creaba confusión y no permitía ver el funcionamiento de la cláusula que no permitía la variabilidad del interés a la baja porque se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas (225.b)⁶⁸.

Y claro está, para nosotros, —insistimos— el vehículo idóneo para que la redacción del contrato no posibilite la declaración de abusividad de la cláusula comisión de apertura es que transcriba fielmente el contenido de la ficha normalizada previamente preparado como guía en la descripción de las acciones que respondan a la gestión y concesión del préstamo responsable.

De lo que antecede podemos concluir, por una parte, que en 5 apdos. (41 al 45) el TJUE se pronuncia sobre la idoneidad de 4 de los 5 criterios que son apuntados por el TS para el enjuiciamiento de la transparencia extensiva de la cláusula comisión de apertura, habiendo empleado 15 apdos. (del 25 al 40), para explicar lo que ya se tenía claro respecto a que se exige la misma comprensión material tanto por el art. 4.2 como por el art. 5 Directiva 93/13; y por otra, que de los 4 criterios el principal el más valioso es el segundo relativo a la **información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas** (apdo. 42); criterio que necesita, como vehículo de comprensión el 5º criterio relativo a la **redacción, ubicación y estructura de la cláusula** para calificarla de transparente «extensiva» que, pese a ello, necesita el control seguido del juicio de abusividad. Lo vemos.

⁶⁷ Dice textualmente: 214. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

⁶⁸ Recuerda VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013). Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, pág. 168, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9 que en el Auto 3 de julio 2013 aclaratorio de la sentencia se dice que ha sido la conjunción de todas las circunstancias que son señaladas en el apdo. 225 de la Sentencia de 9 de mayo las que determinaron que las concretas cláusulas suelo analizadas se consideraran no transparentes.

4. LAS «INDICACIONES» PARA REALIZAR EL JUICIO DE ABUSIVIDAD O CONTROL DE CONTENIDO DE CUALQUIER COMISIÓN DE APERTURA TRANSPARENTE O NO TRANSPARENTE

Como señalábamos más arriba, dentro de la comprensión del funcionamiento de la cláusula dentro del contrato, es un avance que el TJUE remarque que se refiere a las consecuencias económicas que no jurídicas. No es tratado su aspecto jurídico en el control de transparencia «extensiva» de la cláusula; solo es tratado su aspecto económico (apdo. 31). La **posición jurídica** «grave» que se desprenda de cualquier cláusula comisión de apertura, transparente o no transparente es la que deberá ser evaluada en el juicio de abusividad posterior al comentado de la transparencia extensiva y, en particular, utilizando aquella indicación⁶⁹ que sirva para evaluar con acierto si se ha producido un «desequilibrio importante» en el contrato por la cláusula.

Nos toca analizar ahora las indicaciones que rellenarán los dos ejes que llevan a la resolución del juicio de abusividad de forma positiva, a saber, la exigencia de buena fe en la actuación del profesional y la existencia de desequilibrio importante principalmente de la situación jurídica en que se encuentra el consumidor, y que, básicamente se describen en los apdos. 49 a 52 de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Son apartados que responden a la tercera cuestión planteada por el TS relativa a si es conforme a la Directiva 93/13 la jurisprudencia nacional que considera que la comisión de apertura que es transparente no es abusiva, esto es, a si se opone al juicio de abusividad que permite plantear el art. 3.1 Directiva 93/13 con el análisis de «la exigencia de buena fe» y «el desequilibrio importante» del contrato, los dos ejes o haces que miden la abusividad de cualquier cláusula condición general no pactada y que, como ahora diremos, precisamente en este campo de predisposición unilateral, confluyen⁷⁰.

⁶⁹ A pesar de que el punto [57] sí que habla de «criterios», subrayamos «indicación» /» indicaciones» que no «criterio»/»criterios» porque nos permite no confundirlos de los anteriores criterios y porque es la nomenclatura que utiliza de forma general la sentencia que comentamos del TJUE en el examen y resolución de la tercera y última cuestión planteada por el TS.

⁷⁰ Claro está que el TS lo que plantea en su última cuestión es si se puede tratar de manera distinta a una cláusula comisión de apertura que ha considerado desde 2019 elemento esencial de contrato en el sentido de no enjuiciar su abusividad si el enjuiciamiento previo de la transparencia extensiva fue positivo; pero el TJUE no se pronuncia acerca de si el juicio de abusividad realizable a partir del análisis de dichos dos ejes, sea necesario solo cuando la cláusula sea considerada intransparente porque, como se ha dicho, evidentemente ha descartado que la comisión de apertura

Los dos principales comentarios que nos suscitan estos dos ejes son:

De un lado, que es extraño que el TJUE apunte en primer término la **exigencia de buena fe en la acción del prestamista** y luego el **desequilibrio importante o menoscabo suficientemente gravoso** que origine la cláusula predispuesta en la posición jurídica del prestatario porque en realidad cualquier menoscabo de derechos a una parte, implica de suyo un comportamiento desleal e inequitativo. Nuestra doctrina europea lo expresa en sus Principios de Derecho contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* - PECL) al inicio de la regulación como primera norma general. El art. 1:201 bajo el título «Buena fe y lealtad negocial»⁷¹ anuncia la indudable conexión de este criterio con el que tratamos en la primera fase de que se ha de exigir un comportamiento leal en la negociación. Dice: (1) *Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial* y (2) *Las partes no podrán excluir ni limitar esta obligación*. De la misma, se recoge en el III-1:103 DCFR⁷² el principio de buena fe contractual⁷³, se predica de la actuación de la persona que incumple una obligación (1) e igualmente este deber no puede excluirse o limitarse mediante contrato u otro acto jurídico (2), aunque avanza que este incumplimiento no dará derecho a la parte que lo sufra de forma directa a los remedios previstos en la legislación aunque a no impedirá que se ejerciten y que la parte incumplidora se aproveche de las excepciones u otros derechos de los que dispondría si no hubiera incumplido (3).

De otro, que este desequilibrio importante lo anuda, en último extremo, además de al análisis de la posición jurídica del cliente al análisis de la comparativa de precios-servicios inherentes a la concesión del préstamo garantizado y al análisis de la naturaleza de los servicios del art. 4.1 Directiva 93/13. Cuando en realidad, como veremos, no se puede aplicar el criterio de la comparativa de precios que intuye el Tribunal de Justicia será inevitable muchas veces, para considerar que la cláusula es válida, salvo que haya, y es infrecuente,

sea elemento esencial del contrato, por lo que, en definitiva, ha a realizarse piense lo que piense el TS.

⁷¹ Se ubica en el Capítulo 1 relativo a las normas generales.

⁷² Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo (DCFR), Coord. JEREZ DELGADO, Colecc. Derecho Privado, Principios, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, octubre 2015, págs. 36 y 37. Se basa este gran documento en el original Von Bar, Clive, Schulte-Nölke et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008.

⁷³ La buena fe contractual es definida en su Anexo así: «Buena fe contractual» es un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión (I.-1:103)».

una renuncia expresa del consumidor en el contrato a solicitar que servicios o acciones se realizaron para tener que cargar con los gastos que alberga la comisión de apertura; comparativa de precios que, al ser casi siempre necesaria, hace recomendar al TS de forma indirecta que se realice de forma cautelosa, como él lo hace porque abordar la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura es prácticamente «incurrir en un control de precios» (FD SÉPTIMO-7. Sentencia 816/2023). Vayamos por partes:

4.1. La buena fe del prestamista hace a la cláusula leal y equitativa

Cita el TJUE en su apdo. 50, el apdo. 74 de su Sentencia Caixabank 2020 que recuerda al órgano remitente que debe comprobar si el consumidor en «un escenario de negociación individual del contrato» podría haber aceptado dicha cláusula si el profesional se hubiera comportado de manera leal y equitativa. En efecto, la buena fe no solo va ligada a una actuación por parte del prestamista que se modula con estos dos adjetivos: «leal» y «equitativa»; va ligada a una acción leal y equitativa que lleva a la aceptación de un contrato individual; así, se presume que el consumidor, si el prestamista actúa de forma leal y equitativa, aceptaría esta cláusula en «su» contrato de préstamo y no en un contrato estándar. Por lo que, a nuestro juicio, lo que se valora en esta fase del juicio de abusividad es la lealtad y equidad practicadas por el prestamista respecto de esta cláusula en ese concreto contrato.

La consecuencia, a nuestro entender, es que la forma de examinar la buena fe del prestamista es, para el TJUE, avanzar en el análisis del filtro de la transparencia extensiva; esto es, hay que examinar algo más que lo valorado en el criterio de comprensión de la carga económica que supone para el usuario el gasto de la comisión de apertura, porque para el TJUE cualquier comisión de apertura transparente o no transparente, como elemento accesorio del contrato que es, debe pasar por este juicio de abusividad.

Si no se interpretara así lo afirmado por el TJUE, si examináramos en esta fase la conducta llevada a cabo por el prestamista, analizando si ha abusado en el ejercicio responsable de la obligación de la concesión del préstamo, desde un punto de vista general, no serviría para nada adentrarnos en el enjuiciamiento de la abusividad y, con ello, en este primer criterio.

Por tanto, cobra sentido que ahora en el juicio de abusividad, en el control de contenido efectivo» (61), se indague acerca de las accio-

nes que el prestamista llevó a cabo incluso en el reducto de «servicios inherentes», si ha desarrollado acciones adecuadas, necesarias o no necesarias, por supuesto, con cargo al consumidor⁷⁴.

Veremos que alguno de los pronunciamientos jurisdiccionales inmediatamente posteriores a la STS 816/2023 de 29 de mayo, parten de un análisis pormenorizado de la transparencia extensiva y lo aplican finalmente en el examen del requisito de la buena fe y, por tanto, en el paso siguiente del control de abusividad, de forma que no tienen que entrar en el indeseado «control de precios» que anuncia el TS en su resolución (FD SÉPTIMO-7. Sentencia 816/2023). Lo analizamos en el epígrafe siguiente (5.) porque lo esgrimiremos como cortafuego al temido control de precios proponiendo que podamos hablar de la validez de una cláusula que siendo transparente extensiva se comprobó que fue leal y equitativa.

Ahora conviene seguir nuestro *excursus* apuntando para acabar el comentario a este primer haz de los dos criterios para el juicio de abusividad, que aunque los dos epítetos desgajados de las exigencias de la buena fe, la lealtad y la equidad, rozan inevitablemente el segundo haz, el de evitar el desequilibrio en el contrato, ello se debe, en nuestra opinión, a que en el ámbito de la contratación en masa sin discusión prestataria de condiciones contractuales, se admite un cierto desequilibrio económico ya que si no se perderían los caracteres de predisposición e imposición de la cláusula como condición general (apdos. 136 y 137 STS 241/2013, 9 DE MAYO 2013). Por lo tanto, lo que les distinguiría es que hay buscar si estamos ante un desequilibrio «importante» en el plano jurídico y no como hace el TJUE que en esta sede de buscar si hay desequilibrio importante de las partes propugna comparar precio y servicio prestado.

4.2. Un desequilibrio «importante» de las partes en el contrato se mide por la renuncia de derechos y sorprendentemente por la comparación del coste de la comisión de apertura y el precio total del préstamo

En efecto, hay que decir que el TJUE entiende que ese desequilibrio «importante» casi exclusivamente se anudará a la «posición jurídica» del prestatario o consumidor y no al plano económico; la razón es clara: la información que debe posibilitar el profesional a

⁷⁴ Por eso, el propio TJUE hace el oportuno comentario cuando analiza la definición legal de comisión de apertura y el cajón de sastre «servicios inherentes» (apdo. 60).

su potencial cliente para entender las consecuencias económicas que se deriven de la cláusula de comisión de apertura (apdo. 46), debe ser aquella que le sitúe en las mejores condiciones para entenderlo y ello ya tuvo que hacerlo a juicio del TJUE, principalmente con el criterio núm. 2 relativo a la información del funcionamiento de la cláusula a través del criterio núm. 5º relativo a la redacción, ubicación y estructura de la cláusula de los que propician el examen de la transparencia material; criterio que, en principio, es el que algunos órganos jurisdicciones especifican o detallan hasta el punto de mezclar los dos ámbitos: el de la comprensión material y el del control de la abusividad o de contenido, cuando analizan el primer eje de este último o práctica leal y equitativa por parte del prestamista para que el prestatario acepte sin reparos la cláusula en su contrato.

El problema está en que el TJUE da entrada al análisis del aspecto económico en este segundo eje cuando anteriormente, ya lo apuntamos, solo lo analizaba en la transparencia extensiva; aun cuando afirma y es la clave de bóveda de este análisis de abusividad (apdo. 51), que el órgano jurisdiccional «no puede limitar» su examen a la apreciación económica de la naturaleza cuantitativa basada en comparar el importe total de la operación y los costes de la comisión de apertura, no lo descarta. La comparación entre el precio de los servicios de gestión y desembolso del préstamo incluidos en la comisión de apertura y el precio total del conjunto del contrato de préstamo podrá considerarse por el órgano jurisdiccional al objeto de comprobar si hay o no desproporción, desequilibrio importante; para apreciar que no es razonable que los servicios que se presten como contrapartida del precio sean razonables dentro del ámbito de gestión como así se ha considerado en el apdo. 55 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019 (apdo. 57).

Para ello, indica el TJUE al juez remitente que extienda su mirada no solo a la naturaleza del bien o servicios a los que se refiere junto con las circunstancias que se den en el momento de la celebración del contrato y otras cláusulas del propio contrato o de otro al que esté vinculado que, como criterios ya se indican en el art. 3.1 (apdo. 52), sino que observe tres aspectos que enumeramos desde el ordinal 2) para indicar que el 1) sería el aspecto económico residual del que estamos hablando: 2) si la propia regulación de la cláusula u otras normas nacionales restringen el contenido de sus derechos; 3) si la cláusula supone un obstáculo al ejercicio de sus derechos; y 4) si la propia cláusula impone una obligación adicional no prevista en la regulación [cita en el apdo. 51 la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019 2019].

Obviando el comentario a la indicación 4) por la horquilla que supondría analizar qué tipos de obligaciones adicionales pueden impo-

nerse en una comisión de apertura, respecto a la indicación 2) el concluir si las disposiciones nacionales y en concreto la relativa a la cláusula de apertura ponen al usuario en una posición jurídica muy débil, es cuanto menos difícil: primero, porque es ya complicado aceptar que se entre en el análisis de lo que el legislador ya previó en su regulación con cierta preponderancia de los derechos del profesional y que además aboca a que el órgano jurisdiccional tenga que contar con la opinión del Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad; y segundo, porque si hipotéticamente analizáramos la normativa relativa a la cláusula, estaríamos analizando si se cumple por el predisponente la normativa sobre concesión de créditos y ello nos llevaría a nuestra afirmación de principio de que la concesión de créditos responsables, no es una obligación cualquiera respecto de la obligación de poner a disposición del prestatario el dinero y devolverlo con intereses si pactados, es una obligación a la que hay que dar un tratamiento especial; la forma, ya lo dijimos, es darle un tratamiento diferenciado de los otros gastos que surgen con ocasión del contrato de préstamo, que consistiría en que una vez comprobado que la cláusula se hubiese comprendido de forma real con los criterios señalados por el TJUE y sobre todo, aplicando el 2º criterio que es el que verdaderamente le informa a quien la recibe del funcionamiento de la cláusula en el contrato, esto es, lo que supone de carga económica por la naturaleza obligatoria de las actividades a realizar por el prestamista para decidir si es buen pagador de la obligación principal, prescindir de entrar en el juicio de abusividad; vamos, que el resultado sea, la abusividad directa aunque con los toques que harán que la cláusula no sea considerada con una abusividad directa igual que la relativa al elemento esencial del contrato del art. 4.2 Directiva 93/13.

No aceptado por el TJUE que estamos ante un elemento esencial del contrato, de los tres criterios restantes (en nuestra clasificación, 1) 2) y 3), este último relativo a determinar si la cláusula menoscaba los derechos previstos por la regulación imperativa prevista para consumidores de contratos en masa, esto es, si la cláusula predispuesta supone un obstáculo al ejercicio de sus derechos, es el que realmente podrá analizar con eficacia el juez en el examen del desequilibrio de la posición jurídica del consumidor.

Respecto a este aspecto hay que decir que el propio TJUE afirma categóricamente dos posibles situaciones: primero, que haya una cláusula relativa a la comisión de apertura que suponga renuncia por parte del usuario a que de futuro el profesional demostrara los servicios «inherentes» que en la concesión crédito realizó y justificaban el precio desembolsado; y segundo, que nuestra jurisprudencia con-

siderara que no es preciso examinar de oficio en ningún caso si esos servicios están realizados en el ámbito de gestión del crédito (apdo. 56). Ante cualquiera de estas dos situaciones, se consideraría que la cláusula se opondría al art. 3.1 Directiva 93/13 pues dificultan el ejercicio de los derechos del usuario.

Ahora bien, si no se dan ni la renuncia ni doctrina que frene la iniciativa judicial a examinar de oficio si los servicios están en el área de gestión de la concesión de un crédito responsable, esto es, si no hay obstáculos jurídicos nos encontraríamos inevitablemente en el análisis de la posición económica del usuario, la comparación de precios y servicios prestados que, aunque parezca secundaria o residual resurgirá dando cumplimiento a la indicación segunda.

Ante estas tres «indicaciones» podemos afirmar que, aunque como habíamos afirmado con la literalidad del apdo. 51 de la Sentencia Caixabank 2023, la comparativa económica de precios no es suficiente para que, si desmesurados respecto de los servicios realizados, se arroje el fiel de la balanza hacia el lado de la abusividad de la cláusula y sea lo definitivo la posición jurídica del consumidor, esto es que debe de considerarse de forma prioritaria a la económica el análisis de la posición jurídica del consumidor para calificar una comisión de apertura abusiva, al final, el menoscabo grave del desequilibrio entre partes contratantes ya desequilibradas, se dirimirá por la decisión respecto de la desproporción entre precio de la comisión de apertura y los servicios realizados; y de alguna manera, ya dijimos, lo intuye y lo permite el Tribunal de Luxemburgo cuando encuentra contraria al art. 3.1 Directiva 93/13 aquella cláusula que eximiera al profesional de demostrar que cumple los requisitos previstos en la normativa nacional [56] y aquella jurisprudencia nacional que en ningún caso considerara que la cláusula es abusiva por el mero hecho de que tenga por objeto servicios «inherentes» a la actividad de la prestamista, ya que limitaría la facultad de llevar a cabo de oficio el examen de abusividad de la cláusula [60].

¿Cómo salvar técnicamente el escollo al que llegamos cuando no podemos aplicar los criterios del TJUE, esto es, cuando en cualquier comisión de apertura en la que no se haya realizado por el usuario una renuncia a saber si los servicios inherentes a la gestión de crédito realizados por el profesional corresponden con el precio pagado, se discuta ante los órganos jurisdiccionales que no deben negarse a apreciar de oficio esta desproporción económica y se produzca la desarmonización que quería evitar el TS con su cuestión prejudicial?

5. ¿HAY QUE LLEGAR AL SORPRENDENTE CRITERIO DE LA COMPARATIVA ENTRE EL PRECIO DEL CONTRATO Y LOS SERVICIOS «INHERENTES» PRESTADOS?

Para nosotros, no hay que llegar a este criterio económico ni siquiera considerado residual tras analizar preponderantemente si la comisión de apertura menoscaba de forma grave la situación jurídica que no económica, (insistimos), del consumidor en dicho contrato y pagador de una cantidad incluso desproporcionada. Si se consideró que la prestamista no actuó leal y equitativamente, solo habrá de entrarse en el análisis del desequilibrio jurídico importante que origina la cláusula y si no puede valorarse porque no ha habido renuncia alguna a ningún derecho por el prestatario, entonces, considerar la posibilidad de hablar que la comisión de apertura transparente no leal ni equitativa adolece de una «abusividad estructural intermedia» respecto de la directa de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales. Lo contestamos a continuación:

La desarmonización que puede producirse cuando no haya criterios que aplicar en el juicio de abusividad y deban entrar a evaluar de oficio la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura la resuelve el TS en su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁷⁵ fijando una horquilla de precios que, si respetada por la cláusula predispuesta se consideraría no abusiva. Si el desequilibrio importante de la posición económica del consumidor no se concretara con las estadísticas manejadas por el TS después de la STJUE como de facto por los órganos jurisdiccionales, volveríamos a la desarmonización que el TS quería evitar se extendiera cuando planteó su doctrina al TJUE.

En efecto, no le queda más remedio al TS que fijar horquillas para valorar la cuantía de la cláusula pues se ha visto arrastrado a solucionar el final de su control de abusividad con análisis la indicación residual que introduce el TJUE para cuando se hayan gastado las indicaciones para juzgar si hay un equilibrio importante en la posición jurídica de las partes. Tarda el TS dos meses en aplicar la doctrina del

⁷⁵ ROJ: STS 2131/2023, El TS desestima la Sentencia de 27 de diciembre de 2018 de la Secc. 5ª de la AP de Mallorca que desestima el recurso de apelación de CaixaBank; la Audiencia confirma pues la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mahón de 27 de junio 2018, que declara nula por abusiva la cláusula 4ª, apdo. A sobre el devengo de la comisión de apertura de 845 E de un préstamo de 130.000 E; cláusula sencilla que decía que se estipula a favor de la prestamista la comisión que asciende a dicha cantidad. Por tanto, siendo transparente, la razón por la que la Audiencia declara abusiva la cláusula es porque «la prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo» (punto 5-FD PRIMERO).

TJUE con su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁷⁶), y aceptando que ha de modificar su propia jurisprudencia porque ahora procede un control de abusividad aunque la cláusula sea transparente, adelanta que la doctrina del TJUE no lleva a una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura (FD OCTAVO-1), sino que se ha de comprobar, al menos desde su punto de vista casacional, si la sentencia recurrida aplica los criterios establecidos por la STJUE para enjuiciar el control de abusividad. Así, resuelve el segundo motivo de casación en el que se denuncia por la prestamista la infracción del art. 4.2 Directiva 93/13 y del 82.1 TRLCU porque la comisión de apertura es precio junto con el interés remuneratorio y, por tanto, está excluida del control de contenido (de abusividad), exponiendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (por supuesto, la que resuelve su Auto) y, evidentemente, la suya (esencialmente la Sentencia 44/2019). Explica a la parte que debe modificar su doctrina y que procede un control de abusividad aunque la cláusula sea transparente (FD SÉPTIMO-1). Le recuerda a la recurrente cuáles son los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir si la cláusula es clara y comprensible (FD SÉPTIMO-2 y 3) y respecto al juicio de abusividad, resume los dos criterios sentados por el TJUE respecto a la buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, que deben ser comprobados por el juez nacional competente: (i) que no pueda razonablemente considerarse que los servicios proporcionados por el prestamista como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones de concesión del crédito (porque si razonablemente pueden considerarse así⁷⁷ o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación al importe del préstamo (FDs SÉPTIMO-4 y 5). ¿Qué significa la aplicación de estos criterios?

Que debe entrar a ponderar la proporcionalidad del importe de la cláusula comisión de apertura, y lo hace -dice y dice bien- «con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios». De esta forma utilizando unas estadísticas que no identifica formalmente (solo nos remite a Internet, ni siquiera

⁷⁶ Dejamos aparte la resolución de los gastos notariales y registrales que también trata en los FDs TERCERO-4 y 5.

⁷⁷ El TS se pronuncia sobre la proporcionalidad del precio de la comisión de apertura porque la resolución de la Audiencia recurrida basa la abusividad de la cláusula en que no hubo prueba de los servicios realizados por la prestamista en orden a la concesión del préstamo razonable y considera que el análisis únicamente de si se justificó o no por el prestamista los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, no es requisito de validez por el TJUE y lo descarta (FD OCTAVO-8).

a una página concreta como la del portal del Banco de España) y que dice representan el coste medio de las comisiones en España (oscilan entre 0,25 y 1,50 %), concluye que una comisión de 845 E sobre un capital de 130.000 E no parece desproporcionada ya que supone un 0.65% del capital (FD OCTAVO-7).

Pero en su expresión de que «entra con cautela» está el quiz de la cuestión; al aplicar dichas estadísticas para tomar la decisión de que dicha comisión no es abusiva porque su importe es proporcional, el TS ha llegado al control de precios Y es lógico, no entendemos por qué lo duda. Como observó el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, el fundamento de la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio del art. 4.2 Directiva 93/13, se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Por tanto, si situamos fuera del precepto a la comisión de apertura, cabe perfectamente realizar el control de precios si fijamos de forma imperativa la horquilla en qué moverse la decisión. Estamos ante una comisión accesoria, única que admite dicho control de precios y no hay que ser cautelosos salvo que se esté refiriéndose el TS a que cada órgano jurisdiccional debe aplicar la horquilla que él extrae de alguna web, que no deben aplicar la horquilla que quieran o deduzcan de alguna otra base de datos. Quizás, visto lo visto en el pasado, al TS no le queda más remedio que invitar a ser «cautelosos» cuando se entre en el control de precios.

Pero insistimos: ¿es absolutamente necesario llegar al examen de la proporcionalidad de los importes de las comisiones de apertura respecto de los servicios prestados?

Desde nuestro punto de vista, ya lo explicamos, no hay necesariamente hay que llegar a este otro criterio que evidentemente lo que está resolviendo es si hay o no desequilibrio importante entre precio y servicio «inherente», al efectivo control de precios. ¿Cómo?

Lo adelantamos en el epígrafe 4. al exponer qué significa tratar al prestatario de una forma desleal, sin buena fe: y la respuesta resumida es que será desleal el prestamista que no pueda demostrar los servicios en específico realizados para la concesión del crédito a sus prestatarios, se hayan o no especificado en el contrato, porque, en este último caso, se haya utilizado en su redacción la definición laxa de comisión de apertura que nos proporciona la norma.

En definitiva, aunque no nos deberíamos conformar con la explicación de la descripción general o laxa de la norma en la fase de

transparencia extensiva (recordad que no es un criterio definitivo), lo que sí es cierto es que debemos exigir en la fase de abusividad que la lealtad sea posibilitar la comprobación de los servicios realizados, porque de lo contrario esta fase no serviría para nada. Y después, si nos detenemos en comprobar si se han desarrollado, no deberíamos entrar sino en que haya una desproporción jurídica de intereses en el contrato, que no económica.

Así lo hace la Audiencia Provincial de las Palmas en su sentencia de 19 de junio 2023 (15 días después de la resolución del TS), que, afirma pronunciarse⁷⁸ en contra del TS tanto en sus razonamientos como en sus conclusiones, eso sí, de forma muy respetuosa (dice: «con todos sus respetos al TS», FD SEGUNDO); examina si la comisión de apertura «responde a la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, el diseño y a la tramitación SINGULARIZADA de la solicitud de préstamo; tramitación individualizada que, explica, supone comprobar si hay o no hay pruebas sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura y por qué los mismos eran adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado⁷⁹... (FD SEGUNDO-2-C-4). No entra en si el precio por dichos servicios es o no proporcional (la expresión que utiliza es muy comprensible: «cobrar un precio, el que sea, ...»). Se queda en el paso previo, en el análisis del apdo. 50 de la STJUE: que el prestamista trata de manera desleal a sus prestatarios cuando no dice una sola palabra acerca del número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios y de su necesidad atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo; de forma que no se podía esperar razonablemente que los prestatarios aceptarían una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (FD SEGUNDO-2-C-1). Y, claro, ¿cuáles son esas circunstancias concretas? La Sala lo había ya

⁷⁸ Lo hace recordando sobre la base del art. 267 TFUE y del apdo. 42 de la STJUE 19 septiembre 2019, (Lovasné Tóth, C-34/18), que toda apreciación de los hechos y del Derecho nacional corresponde exclusivamente al juez nacional (apdo. 37). Por lo que entiende (mal desde nuestro punto de vista, como hemos afirmado en el cuerpo de este escrito), que la doctrina sentada por el TS en la Sentencia de 29 de mayo 2023 según la cual para decidir si la comisión de apertura es o no abusiva solo procede examinar que los servicios que retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros concepto cobrados al consumidor y que el importe sea o no desproporcionado dependiendo de si está en la horquilla entre 0,25% y 1,5% del capital, primero, limita la facultad de los tribunales de llevar a cabo de oficio en su caso el examen de la potencial abusividad de las cláusulas de comisión de apertura y además es insuficiente.

⁷⁹ Por eso la AP declara la cláusula examinada nula por ser abusiva. (FD SEGUNDO 2-C-5).

reseñado de forma muy irónica cuando en sus reflexiones describe el desconocimiento general del casi cien por cien de los usuarios medios de lo que llama «enigmático departamento de riesgos» del banco, departamento que se debe ocupar de estos menesteres en la tramitación de las solicitudes de préstamo; concluyendo que somos capaces de entender que no es lo mismo la concesión de un crédito respecto del precio de la finca, respecto del perfil del usuario (funcionario con nómina fija o no), respecto de la cuota del préstamo a devolver mensualmente (si supone más o menos de un 30% del salario) o si respecto a la existencia o no de otro préstamo y de los avales de los que pueda disponer; habrá que realizar, según el caso, más o menos operaciones o servicios «inherentes» y habrá que informar de ello al cliente (FD. SEGUNDO-1-D); estas circunstancias deben operar y no conformarse como así considera el TS, con la información obligada por la normativa (apdo.5 FD. SEGUNDO-1-D).

Si nos fijamos bien, esa información que sobre las circunstancias defiende la Sala de Las Palmas, sirve para poder considerar si el requisito de lealtad en la negociación del contrato predispuesto que exige el TJUE, se cumple, pero, curiosamente, se desarrolla en el FD SEGUNDO-1 relativo al control de transparencia extensiva. La Sala «mezcla» sin o con intención los dos planos a los que hacíamos referencias en el epígrafe anterior: el de la transparencia extensiva que, en principio, puede hacerse aunque no como criterio único, de forma general o para todo tipo de contratos con los criterios 3 y 5 que nos apunta el TJUE cuando habla de la información del funcionamiento de la cláusula en el contrato y de la redacción, ubicación y estructura de la cláusula en el mismo, y el plano singularizado de la lealtad que pertenece al enjuiciamiento de su abusividad.

¿Por qué?

Lo dos planos, el general de la comprensión extensiva y el individual de la indagación del leal y equitativo proceder del profesional se confunden o se mezclan inevitablemente en la mayoría de las ocasiones porque desde nuestro punto de vista en realidad estamos ante un elemento «importante» del contrato cuando hablamos de una comisión de apertura y no ante un simple elemento accesorio. Como para la concesión responsable de un préstamo hay que indagar en la concreta solvencia del futuro cliente, ello no se realiza con una única acción que además pueda ser predicada de forma estándar en cualquier contrato. El propio prestamista no debe arriesgarse hasta el punto de no comprobar quién es su cliente y debe de poderlo explicar.

En los demás gastos, esto no pasa. No hay riesgo, solo hay un gasto o coste por el servicio prestado normalmente por terceros.

Verdaderamente, la AP de las Palmas con su Sentencia temprana respecto a la emitida por el TS hizo un importante ejercicio de reflexión de los dos tipos de control a aplicar cuando estamos calificando a la comisión de apertura como un elemento accesorio del contrato, el control de transparencia y el control de contenido, y nos da la base para pensar que un control de transparencia realizado conforme a los criterios del TJUE si llevaban a la calificación de la cláusula de transparente extensiva pero «avanzada», vedaría el siguiente paso de controlar su abusividad; la razón (sentimos la repetición), es que en el juicio de abusividad, el leal comportamiento ínsito en la buena fe del prestamista ya estarían analizadas con un control de transparencia realizado de forma individualizada; ya habría informado el prestamista de forma suficiente el mecanismo en concreto de la cláusula en el contrato, más allá de la Orden 5 de mayo 1994 que la regula, esto es, el número, duración, etc. del estudio previo a la concesión de su préstamo, criterio que sirve para evaluar el comportamiento de la prestamista en la fase primera del juicio de abusividad si no fue así.

Pero no es la única sentencia que nos sigue confirmando esta mezcla inevitable de criterios y nuestra postura; así no hay más que leer el encabezamiento del análisis de la cláusula comisión de apertura que realiza la AP de Zaragoza 6 meses después en su Sentencia de 28 de diciembre 2023: «*FD CUARTO.3. Esquemáticamente, los criterios determinados por el TS para reconocer la validez de la comisión de apertura -relacionados de un modo u otro con los controles de inclusión, transparencia y abusividad_ serían los siguientes:...*» (aquí menciona todos los analizados en estas páginas sin orden ni concierto). Repite la Audiencia los criterios clasificados por el TS y los requisitos de la Orden que la regula (núm. 2. FD QUINTO), y los analiza y comprueba sin jerarquía alguna (núm. 3. FD QUINTO) y llega a la conclusión de que es transparente y no abusiva (núm. 4. FD QUINTO).

De casi la misma fecha es la SAP Valencia, Sentencia de 23 de diciembre 2023 y si de ella podemos decir que hace mayor esfuerzo por plasmar los criterios y doctrina de la cláusula de apertura, lo que nos parece resaltable es que en la valoración que hace de la misma (FD TERCERO- Valoración del supuesto concreto), comienza (segundo párrafo) con que «*es pertinente realizar una valoración de la transparencia*», llegando tras su análisis, a determinar que lo es mezclando los requisitos una vez más; dice: «*la cláusula es transparente, tiene una redacción clara, no se solapa con otras comisiones, y el importe es*

proporcionado», por lo que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia recurrida en este punto (último párrafo)⁸⁰.

6. LA VUELTA A LA CONFUSIÓN DE CRITERIOS DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y CONTROL DE TRANSPARENCIA Y EL PRETENDIDO AVANCE DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA DESPROPORCIÓN ENTRE EL GASTO Y SERVICIO CON EXIGENCIA DE FACTURAS.

Pero es que no solo los criterios y su aplicación se mezclan inevitablemente de forma que diluyen, desde nuestro punto de vista, el riesgo de volver a la desarmonización que el TS quería evitar con sus preguntas al TJUE, sino que como puede observarse en las dos recientes cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial al TJUE por el JPI núm. 6 de Ceuta con su Auto de 2 de enero 2024⁸¹), la jueza parece los mezcla; pero es que, asumiendo el punto de partida de que el propio TS reconoce que no hay una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula (FD-15.- final), y de que hay que pasar por los dos controles de transparencia y de contenido, porque no es una comisión que es parte de la remuneración del contrato (FD-17.-), mezcla ambos controles cuando resume los «razonamientos» base del TS (FD-16.-) para examinarlos (FD-16.-), y además, incluye como criterios nuevos para enjuiciar la transparencia material algunos específicos del préstamo, haciendo con ello un examen individualizado de dicha transparencia. En definitiva, en la primera cuestión utiliza los criterios específicos ya visto por la AP de las Palmas para examinar el juicio de abusividad, y en la segunda prejudicial, utiliza criterios que en nada se distinguen de los anteriores para hacer un examen de la transparencia extensiva individualizada o avanzada. Lo explicamos y antes reproducimos literalmente estas dos cuestiones con objeto de evitar si hemos hecho una mala interpretación de ellas; dicen:

«20.- Primera. Si la normativa europea se opone a la interpretación por parte del Tribunal Supremo en relación con la comisión de apertura, según la cual la mera indicación en la escritura de hipoteca del importe de la cláusula y que dicha cuantía no excede del límite fijado, es suficiente para considerar la falta de abusividad, visto el art. 4.2 de la Directiva

⁸⁰ En esta sentencia la Audiencia considera prueba suficiente la labor de información realizada por el Notario en su notaría cuando advierte expresamente al prestatario de las obligaciones que asume.

⁸¹ AJPII Ceuta, a 02 de enero de 2024 - ROJ: AJPII 1/2024, ECLI:ES:JPII:2024:1ª.

93/13/CEE, por carencia de transparencia, aún sin especificarse en dicha cláusula su contenido ni tiempo...»; y

«**21.- Segunda.** Si la cláusula en cuestión es informada previamente al consumidor y no se entiende comprendida en la actividad de préstamo bancario como así indica la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo⁸², y si se reputa ajena al propio interés remuneratorio, si no se deberían girar las facturas y especificar en definitiva dichos servicios antes de repercutirlos al consumidor; y si tales omisiones no serían contrarias a la normativa europea al afectar a la transparencia en sentido material de la referida cláusula».

Así, en la primera cuestión plantea si es suficiente para que la cláusula no transparente sea enjuiciada en su abusividad que se cumplan los dos criterios que el TS señala después de la interpretación de la Sentencia del TJUE, es decir, si se indicó al consumidor en la escritura de hipoteca el importe de la comisión y que dicho importe está entre los límites fijados (no especifica cuáles ni quién los fija en la cuestión, pero le había indicado antes al TJUE, en el FD-16, la horquilla u coste medio oscilante de 0,25 % y 1,5 %, en el que no se consideraría abusiva la comisión por el TS). Lo que está haciendo la jueza es preguntar al TJUE por la necesidad de analizar además, en el juicio de abusividad si se informó del tiempo y del contenido (por cierto, que no apunta a qué se refiere exactamente, salvo que se refiriera a la indicación y demostración de cada una de las actividades que pudieran realizarse en el área del examen por la prestamista de la concesión del préstamo); criterios que no utiliza el TS para conformar dicha doctrina y que como hemos visto, la AP de Las Palmas aunque los anunciaba en fase de transparencia extensiva los aplicaba en el del juicio de abusividad así: número, duración, etc. del estudio previo a la concesión de su préstamo.

En la segunda cuestión prejudicial, la jueza aborda el tema de realizar una comprobación pormenorizada de la transparencia material; pregunta en concreto si en esta fase se deberían ya especificar los servicios y sus costes (a través de facturas), antes de repercutirlos al consumidor; pues las omisiones de dichas acciones podrían ser contrarias a la normativa europea. Por lo que en realidad lo que hace es asumir que si se declararan necesarios realmente estos criterios no deberían analizarse en el juicio de abusividad en lo relativo a la lealtad y buena fe exigidas y una cláusula que no los pasase debería de

⁸² Se refiere a 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

ser considerada abusiva pudiéndose decir que adolece de abusividad estructural directa.

Resumimos: las dos fases por las que teóricamente, dada la calificación de elemento accesorio del contrato, ha de pasar la comisión de apertura transparente o no transparente para llegar a considerarse abusiva o no y, por tanto, nula o válida, se desdibujan. Unas veces porque los criterios que unas AP utilizan para una de las fases se aplican en las dos (AP de Las Palmas), otras porque, sin especificar mucho, se utilizan para calificar si la cláusula es abusiva pero solo cuando es intransparente (en la misma oración habla de la «*falta de abusividad*»... «*por carencia de transparencia*» (caso de la AP Ceuta) y finalmente, otras porque se cuestionan criterios específicos en el enjuiciamiento de la transparencia material que podrían servir en la fase de abusividad en el criterio de lealtad o buena fe (caso de la AP Ceuta).

Entendemos que estamos en una aplicación con mezcla inevitable de criterios, es decir, que parece no puede separarse el criterio de informar sobre cómo funciona la cláusula en el contrato que se ubica en la fase de transparencia extensiva y el elemento de la lealtad y equidad de la buena fe de la fase del juicio de abusividad, dado que los criterios individuales al préstamo para enjuiciar la transparencia de la cláusula son los que realmente se van a utilizar o pueden utilizarse en la fase del juicio de abusividad. Si esto es así, la deducción es fácil: se podría hablar de una abusividad estructural intermedia de la cláusula que hace de ella un *tertium genus* de gasto hipotecario o no, cuando sea transparente extensivamente pero no leal ni equitativa.

Otro tema sería que siendo intransparente y pasando ya al juicio de abusividad se parara el análisis de la desproporción entre lo cobrado y lo servido con la horquilla que fija el TS, al considerar que no se pida la prueba de dichos servicios de una comisión que se sitúa dentro de la horquilla. Eso es lo que pregunta la jueza ceutí y muchas organizaciones de usuarios como ASUFIN⁸³, pues consideran que dicha exigencia sería lo más beneficioso para sus asociados. Pero es que, insistimos una vez más, la comisión de apertura no es un gasto equiparable a los demás; no se le puede aplicar de hecho el art. 5.1.a) Ley 2/2009. Se volvería a cometer el error de 2020.

⁸³ Anuncia esta Asociación de Usuarios Financieros en esta <https://www.asufin.com/comision-apertura-ceuta-tjue/> que numerosas Audiencias provinciales como las de Vizcaya, Las Palmas y Orense, quieren superar el criterio sentado por el Supremo de detenerse en la transparencia que da el tanto por ciento incluido dentro de la horquilla él fijada, exigiendo la prueba de los servicios repercutidos.

NUESTRAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. La cláusula comisión de apertura no es elemento esencial del contrato, pero sin duda, es elemento «importante» y no accesorio por mucho alegato, ahora «imperativo», de que por la falta de previsión de sanción civil pueda conceptuarse que no guarda con la obligación principal del contrato una relación directa y se tenga que aplicar la restricción que supone el art. 4.2 Directiva 93/13.

Creemos que, pese a todo, la comisión de apertura, si bien no es precio contraprestación de la obligación principal del profesional en el contrato de préstamo, no es un gasto como los llamados accesorios, aunque participe de ciertas características; y lo creemos principalmente porque para el TJUE es precio de una capital obligación de investigar la solvencia del potencial deudor dado que propende a un no sobreendeudamiento del mercado en la concesión de préstamos responsables; basta con citar su propia jurisprudencia (últimamente la Sentencia de 11 de enero de 2024), en la que dicha obligación es tan importante que si incumplida produce la pérdida de los intereses remuneratorios, sanción civil prevista en algunos Derechos como el Derecho Checo, incluso cuando el contrato se hubiere ejecutado sin perjuicio para el prestatario.

No puede decirse pues que no guarda con la obligación principal de poner el dinero a disposición del cliente una relación directa y que por ello no es elemento esencial del contrato y que sí lo guarde cuando se prevea en la legislación interna de los países una sanción civil, lo que no es nuestro caso; sería propender a la desigualdad de trato europeo de las distintas comisiones de apertura. Y tampoco puede sostenerse que ahora, con esta sentencia, imponga al juez remitente, en nuestro caso el TS, su criterio a la hora de analizar la naturaleza de la comisión de apertura cuando desde 2014, en la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai afirmaba que a él solo le correspondía dar indicaciones para dicho cometido, no imponerse. Qué razón tiene el TS cuando le recuerda sus propias posibilidades de actuación en la *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales de 25 d enoviembre 2016*.

2. Observamos tres avances que llegan del TJUE en la fase de transparencia extensiva:

Primero, que por fin se señala con nitidez que en la fase de transparencia extensiva se analizan la información de las consecuencias

económicas que no jurídicas, aspecto que se pospone al subsiguiente juicio de abusividad;

Segundo, que encuentra pertinentes y adecuados cuatro de los cinco criterios que había señalado para dicha valoración el TS en su Sentencia 44/2019 cuando consideraba a la cláusula comisión de apertura elemento esencial del contrato; y

Tercero, que en ella especifique que solo se ha de comprobar si con estos criterios el prestatario puede deducir la naturaleza de los servicios proporcionados en la concesión del préstamo como contrapartida a los gastos que debe asumir, pues a eso se refería en su Sentencia Caixabank 2020, por lo que la especificación de cada uno de los servicios prestados que no el precio, queda para el juicio de abusividad.

El TJUE, calificando la cláusula comisión de apertura como elemento accesorio del contrato analiza los cinco criterios que el TS presenta en su cuestión para el análisis de la cláusula cuando la consideraba elemento esencial del contrato, sin problema alguno.

De dichos criterios, el TJUE solo descarta el primero relativo al conocimiento general del funcionamiento de la cláusula por los usuarios de este tipo de contratos o notoriedad de la cláusula. Los cuatro restantes, esto es, la información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato, la especial atención que presta el consumidor medio y la circunstancia de la redacción, ubicación y estructura de la cláusula en el contrato, se consideran esenciales, para valorar si el consumidor comprendió el funcionamiento de la cláusula, esto es, que es una carga económica (que no jurídica, lo que supone también un avance, apdo. 31), a soportar porque entendió deduciendo la naturaleza de los servicios prestados y nada más. **¿Y qué supone?**

3. Esta es nuestra propuesta principal: La consecuencia fundamental a este calificativo de «importante» que revelan los criterios de transparencia es que el juicio de abusividad solo debe realizarse cuando la cláusula no sea transparente «extensiva-avanzada» porque no se especificaron los servicios concretos que se realizan para la concesión del préstamo o cuando en ella se encuentra un desequilibrio en la posición jurídica de las partes en el contrato, porque para calificarla de «avanzada» se emplea el mismo criterio 2º que se emplea para el análisis de la primera fase del juicio de abusividad.

En nuestra opinión, precisamente porque la comisión de apertura no es un elemento accesorio sin más, sino que debe ser tratada como un *tertium genus* entre la remuneración del préstamo y los demás gastos del contrato, se deben distinguir estas situaciones:

Que la cláusula sea transparente extensiva porque en su transmisión se utilizaron los términos legales del concepto de cláusula comisión de apertura; en este caso no puede pararse el juicio de abusividad que se solicite; juicio que se constreñirá a exigir al prestamista prueba de que se realizaron dichos servicios inherentes a la cláusula de apertura y así comprobar que no hubo mala fe ni deslealtad por su parte y nunca a que justifique el equilibrio de precios-servicios. Por supuesto que se analizará también si hubo desequilibrio de la posición jurídica de las partes.

Que sea transparente porque se especificaron los servicios que respondan a la naturaleza de gestión del préstamo responsable por el prestamista y por tanto respecto a ese contrato en particular sí se informó y se comprendieron la naturaleza de los servicios cuyo importe se carga al prestatario. En este caso, considerar que es una cláusula transparente «extensiva-avanzada» y no entrar al juicio de abusividad.

Como puede verse, que no sea transparente solo se abriría el juicio de abusividad para comprobar si hay desequilibrio en la posición jurídica de las partes con los criterios marcados también por el TJUE, porque ya se ha cumplido con mucho la transparencia extensiva. Por tanto, en este segundo caso pondríamos hablar de abusividad estructural y estaríamos en la línea que el TS apunta y que destaca el apdo. 36 el propio TJUE en la Sentencia que comentamos y es que de su jurisprudencia no se desprende que una comisión de apertura que cumpla con la normativa vigente no pueda ser «intransparente», es decir que automáticamente cumpla con la transparencia ni del art. 4.2 ni del art. 5 de la Directiva 93/13.

4. Resumen de nuestras propuestas: El examen «singularizado» del control de transparencia lleva a ratificar que la cláusula comisión de apertura no es un elemento accesorio más; es un elemento «importante» en el contrato y nos lleva, comprobadas sus acciones para saber si el prestamista actuó de forma leal a evitar el control de precios; de forma que en el juicio de abusividad solo se trataría si hubo o no en el contrato renuncia a algún derecho y no a un control de precios.

Ya han pasados 9 meses desde la STJUE que nos ocupa, y entendemos modestamente que la solución para aligerar esta situación y no caer de nuevo en la desarmonía que supone la comparativa de precios-servicios inherentes, es tratar de considerar que aun aceptando que la comisión de apertura es elemento no esencial del contrato, es «importante» pues al final estamos hablando del precio de una obligación concreta no comparable con las verdaderamente accesorias que atienden a otros pagos por otros menesteres; se coloca en un *tertium genus* que hay que tratar algo diferente y la forma de diferenciarla del resto de gastos sería considerar que si se cumplió por el prestamista la transmisión de la real carga económica que soportaría su potencial cliente que supone la información de los servicios concretos que no estandarizados de esa cláusula no debe de llevarse a juicio de abusividad. Y en este sentido el apoyo lo tendríamos en que ya nuestros órganos jurisdiccionales están apuntando la necesidad de realizar una información «singularizada» de esta obligación del prestamista.

Si a pesar de ello, alguna parte quisiera plantear el desequilibrio «importante» al órgano jurisdiccional, podría por supuesto, pero tendría que saltar la presunción establecida por el TJUE para ello, a saber, que no hay cláusula de renuncia por el usuario para reclamar que se le justifiquen los gastos de los servicios «inherentes»; pues es cuando se entiende que la cláusula está dentro del equilibrio que el legislador quiere lograr cuando la conceptúa y que si a pesar de todo, se solicita qué servicios se realizaron por el profesional, una vez demostrado ante el órgano jurisdiccional que se corresponden perfectamente con la línea de gestión de una concesión de préstamo responsable, que no se siga a una valoración por su parte de los precios, y se evitaría tener que recurrir como lo ha hecho el TS, a hablar de comisión de apertura para ver el coste medio de las comisiones de apertura y así pronunciarse sobre la desproporción entre el importe del préstamo y el de la comisión.

SENTENCIAS Y AUTOS

Sentencias del TJUE

STJUE (Gran Sala) 9 de noviembre 2010, Asunto VB Pénzügyi Lizing, (C-137/08 ECLI:EU:2010:659)

STJUE 22 junio de 2010, Asunto Melki y Abdeli, (C/188/10 y C/189/10)

STJUE (Sala Primera), de 26 de abril 2012, Invitel 2013 (Asunto 472/10 ECLI :EU:C:2012:242)

- STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180)
- STJUE de 30 de abril de 2014, Kásler/Káslerné Rabai y OTP Jelzáobank Zrt (Kásler/Káslerné Rabai 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014282)
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, CA Consumer Finance, (C-449/13, EU:C:2014:2464)
- STJUE (Sala novena), de 26 de febrero 2015, Matei/SC Volksbank Romania SA 2015, (Matei/SC Volksbank 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127)
- STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980)
- STJUE de 20 de septiembre 2017, Asunto Andriciuc y otros, (C-186/16, Andriciuc y otros 2017, ECLI:EU:C:2017:703)
- STJUE de 20 de septiembre de 2018, Asunto OTP Bank y OTP Faktoring, (C-51/17, EU:C:2018:750),
- STJUE de 14 de marzo de 2019, Asunto Dunai, (C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207)
- SJUE de 3 de octubre de 2019, Asunto Kiss y CIB Bank, (C-621/17, ECLI:EU:C:2019:820)
- STJUE 19 septiembre 2019, (Lovasné Tóth C-34/18) (DO C 240 de 9 de julio 2018, p. 9-10)
- STJUE Sala Cuarta, Caixabank 16 de julio 2020, Asuntos CY y Caixa Bank (C224/19) y LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (C259/19). (Sentencia Caixabank 2020).
- STJUE 3 de septiembre 2020, Asunto Profit Credit Polska SA y QJ, BW, OL y CG, (Profit Credit Polska 2020) , ECLI:EU:C:2020:631
- STJUE de 10 de junio de 2021, Asuntos C776/19 a C/782/19 BNP Paribas Personal Finance (Sentencia BNP Paribas 2021) ECLI:EU:C:2021:470
- STJUE de 10 de junio de 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg), C-303/20, (Último Portfolio 2021, ECLI:EU:C:2021:479.)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, Asunto Andriciuc y otros, (C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703)
- STJUE de 16 de marzo 2023, Asunto 565/21, (Sentencia Caixabank 2023) ECLI:EU:C:2023:212

STJUE (Sala Tercera) de 11 de enero de 2024, Asunto Nárókuj./ EC Financial Services (Narokuj/EC Financial Services 2024, ECLI:EU:C:2024:10) Asunto C-755/22)

Resoluciones del Tribunal Supremo

STS 241/213, de 9 de mayo 2013, Asunto Ausbanc Consumo v. Banco Bilbao Vizcaya y otros, (ECLI:ES:TS: 2013:1916)

STS núm. 558/2021, de 22 de julio, (ECLI:ES:TS:2021:3057)

Auto TS núm. 919/2019, de 10 de septiembre 2021, Asuntos acumulados: C-224/19 entre CY y Caixabank y C-259/19 entre LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. (ECLI:ES:TS:2021:10856A)

STS de Pleno núm. 44/2019, 23 de enero, (STS 44/2019), ROJ: STS 102/2019, ECLI:ES:TS:2019:102

STS núm. 816/2023 de 29 de mayo, (STS 816/2023), ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS: 2023:2131.

STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143)

Resoluciones de Audiencias y Juzgados

SAP de Mallorca (Secc. 5ª), de 27 de diciembre de 2018

SJPI núm. 3, de Mahón de 27 de junio 2018

AJPI de Palma de Mallorca, núm. 17, de 12 de marzo 2019, (C-224/19)

AJPI de Ceuta de 13 de marzo

SAP de las Palmas de 19 de junio 2023

SAP Valencia, a 22 de diciembre de 2023 - ROJ: SAP V 3679/2023 ECLI:ES:APV:2023:3679

SAP Zaragoza, a 28 de diciembre de 2023 - ROJ: SAP Z 2193/2023 ECLI:ES:APZ:2023:2193

AJPII de Ceuta, núm. 6, de 2 de enero 2024, (ROJ: AJPII 1/2024, ECLI:ES:JPII:2024:1A)

AAP de Girona, a 10 de enero de 2024, (ROJ: AAP GI 3/2024 , ECLI:ES:APGI:2024:3ª

AJPI de Fuenlabrada, núm. 1, de 31 de enero 2024 (ROJ: AJPI 2/2024 - ECLI:ES:JPI:2024:2ª)

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero 2019 (44/2019), La comisión de apertura forma parte del precio y no es susceptible de examen de abusividad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada*, Vol. 11: 2019. 2020.
- ARNAIZ RAMOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (334/2017) Control de transparencia sobre la cláusula suelo. Efectos de la falta de transparencia sobre la posible abusividad de la cláusula. Alcance de los efectos restitutorios». https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-7
- BENDITO CAÑIZARES, *Comentario al art. 104 LH* en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Editorial de Derecho Reunidas, *Revista de Derecho Privado*, Tomo VII, Vol. 6º, 2000.
- BENDITO CAÑIZARES, «La protección de los usuarios en la contratación hipotecaria: el préstamo hipotecario responsable», en *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Coord. Emilio Díaz Ruiz, Dykinson, Madrid, 2013.
- BALLUGERA GÓMEZ, Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura, *Comentario y resumen STJUE 16 julio 2020*, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/distribucion-de-gastos-en-la-hipoteca-y-comision-de-apertura/>
- BALLUGERA GÓMEZ, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (608/2017) Nulidad parcial por falta de transparencia de la hipoteca multdivisa https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-10
- CÁMARA LAPUENTE, *Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes*, V/Lex: Núm. Especial – Marzo 2021.
- CUENA CASAS, Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?, *Hay Derecho*, Blog Concursal, 1 de marzo de 2023.

CUENA CASAS, Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia, Hay Derecho, Blog Civil, 31 de enero de 2024.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M: «Comisión de apertura: *the show must go on* (sobre la STJUE de 16 de julio de 2020)», Blog Hay Derecho, 22 de julio 2020 <https://www.hayderecho.com/2020/07/22/comision-apertura-the-show-must-go-on-stjue-16-julio-2020/>

MIRANDA SERRANO, El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, Revista para el análisis del Derecho, Indret 2/2018.

PANTALEÓN PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I), blog. El Almacén de Derecho, 14 septiembre 2020. o Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, Cap. 2, 2.1., en Colección: Los libros del Almacén, Comares, Granada, 2023.

PANTALEÓN PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)» en el «comentario al apartado 69 de la STJUE de 16 de julio de 2020», blog. El Almacén de Derecho, septiembre, 2020 o Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, Cap.2, 2.2, en Colección: Los libros del Almacén, Comares, Granada, 2023.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013). Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9

